

عبد الرزاق السنهوري

الموسم الثاني

في تفسير القانون المدني الجديد

نظرية الالتزام بوجه عام

الأوصاف - أحوال - الإيقضاء

المجلد الثالث

دار النهضة العربية

القاهرة



الوسيط
في شرح القانون المدني الجديد
(٣)

نظرية
الالتزام بوجه عام

الأفضل - الجليل - الأنضأ

تأليف

عبد الرزاق عبد السميع

دكتور في العلوم القانونية ودكتور في العلوم السياسية الاقتصادية
ودبلوماسي من معهد القانون الدولي بجامعة باريس

ترتيب البحث

١ - الالتزام البسيط والالتزام الموصوف : عند ما بسطنا آثار

الالتزام في القسم الثاني من الجزء الثاني من الوسيط كنا نواجه الالتزام في صورته البسيطة ، فهو التزام بسيط لم يلحقه وصف ما . ولكن الالتزام قد تلحقه أوصاف متنوعة في عناصره المختلفة . وعناصر الالتزام ثلاثة : (١) رابطة قانونية (juris vinculum) تربط المدين بالدائن . (٢) محل الالتزام (objet de l'obligation) وهو الشيء الذي يلتزم المدين بأدائه للدائن . (٣) طرفا الالتزام (sujet de l'obligation) وهما الدائن والمدين . والالتزام الذي بسطنا آثاره فيما تقدم هو الالتزام في صورته البسيطة في كل عنصر من هذه العناصر : الرابطة القانونية فيه وجودها محقق ونفاذا فوري ، وله محل واحد ، وكل من طرفيه واحد لا يتعدد . ولكن قد يلحق الالتزام في أحد هذه العناصر الثلاثة وصف (modalité) يكون من شأنه أن يعدل من هذه الآثار ، فيكون الالتزام موصوفاً (١) .

وهذا الوصف إما أن يلحق العنصر الأول من عناصر الالتزام ، رابطة المديونية ، فتعلق هذه الرابطة على شرط ويصبح وجودها غير محقق ، ويسمى هذا الوصف بالشرط (condition) . أو يترأخى نفاذ الرابطة إلى أجل ، ويسمى

(١) أما إذا لم يلحق الوصف عنصراً من عناصر الالتزام ، فلا يكون الالتزام موصوفاً ، بل بسيطاً منجراً . ومن ثم لا يعتبر موصوفاً الالتزام المضمون بهن أو بحق امتياز أو بكفالة أو بنحو ذلك ، ولا الالتزام غير معلوم القيمة ، ولا الالتزام التبعي كالالتزام للكفيل ، فهذه كلها التزامات بسيطة منجزة ، وأن كان لكل منها خصوصية تميزه (أنظر في هذا المعنى بيلان ولا جارد ٨ فقرة ٦٩٣ — فقرة ٦٩٤) .

هذا الوصف بالأجل (terme) . فنحن إذن لعنصر رابطة المديونية وصفان :
الشرط والأجل .

وإما أن يلحق الوصف العنصر الثالث من عناصر الالتزام ، وهو المحل
فلا يكون هذا المحل واحداً ، بل يتعدد (pluralité d'objets) . والتعدد إما أن
يكون جميعاً (conjoint) ، أو تخييراً (alternatif) ، أو بديلاً (facultatif) .
فنحن إذن لعنصر المحل أوصاف ثلاثة : وصف الجمع في الالتزام متعدد المحل
(obligation conjointe) ، ووصف التخيير في الالتزام التخييري (obligation
alternative) ، ووصف البديل في الالتزام البديل (obligation facultative) .
وإما أن يلحق الوصف العنصر الثالث من عناصر الالتزام ، فيتعدد أحد الطرفين
الدائن أو المدين أو يتعدد كلاهما (pluralité de sujets) . وتعدد كل من
الدائن والمدين قد يكون من غير تضامن أو يكون بطريق التضامن (solidarité) .
وقد يتعدد الدائن أو المدين في التزام يكون غير قابل للانقسام (indivisible) .
فنحن إذن لعنصر طرفي الالتزام أوصاف ثلاثة : تعدد الطرفين في غير تضامن (١) ،
وتعددتهما بطريق التضامن ، وعدم القابلية للانقسام (٢) .

٢ - موضوعات هذا القسم : فالكلام إذن في أوصاف الالتزام
يكون في ثلاثة أبواب متعاقبة :

الباب الأول - في الشرط والأجل .

(١) ويتعدد الدائن والمدين ، في غير تضامن أيضاً ، في الدعوى المباشرة على النحر الذي
يمنه عند الكلام في هذه الدعوى (الوسط ٢ فقرة ٦٣ وما بعدها) ، والوصف في هذه
الحالة مصدره القانون .

(٢) والوصف أمر عارض (accidental) يضاف إلى الالتزام بهد أن يستوفى هذا أركانه .
فلو رفع منه لانتفع دون أن يزول الالتزام ، بل يبقى دون وصف في صورته البسيطة . فلو س
الوصف ركناً من أركان الالتزام لما كان أمراً عارضاً ولزال الالتزام بزواله ، فلا يعتبر وصفاً .
ويتوقف على ذلك : (١) أن السبب إذا لم يوجد في الالتزام المجرد (obligation abstraite)
فليس هذا وصفاً ، إذ أن الأمر متعلق بركن في الالتزام . (٢) إن المقود الزمنية — كمقد
الايجار ومقد الصل وعقد التوريث — ليست مقوداً موصوفة ، لأن الزمن عنصر من عناصر
المحل ، والوصف لا يكون عنصراً في الركن بل هو عنصر عارض كما قلنا .

الباب الثاني — في تعدد محل الالتزام: الالتزام متعددة المحل ، والالتزام التخييري ، والالتزام الببلى .

الباب الثالث — في تعدد طرفى الالتزام : التعدد بغير تضامن ، والتعدد بطريق التضامن ، وعدم القابلية للانقسام (١) .

(١) وقد رأينا فى مسهل الجزء الثانى من الوسىط ، عند الكلام فى إقامة نظرية الالتزام على فكرة التصرف القانونى والواقعة المادية ، أن ترتيب البحث على هذا الأساس يحلنا نعالج أوصاف الالتزام فى باب أركان التصرف القانونى ، ويكون كل من الشرط والأجل والتضامن وعدم القابلية للانقسام وصفاً من أوصاف الإرادة ، كما يكون بحث الالتزام التخييرى والالتزام الببلى عند الكلام فى المحل وتمده (الوسيط ٢ من ٤) . ولكن يلاحظ على هذا الترتيب أن الأوصاف المتقدمة الذكر لا تلحق بالالتزام الإرادى وحده ، بل هى أيضاً تلحق بالالتزام غير الإرادى . فالأول إذن أن تبقى أوصاف الالتزام فى نطاق نظرية الالتزام فى ذاته ، لا أن تنتقل إلى نظرية التصرف القانونى ، ما دامت هذه الأوصاف تلحق بالالتزام أى كان مصدره ، تصرفاً قانونياً كان هذا المصدر أو واقعة مادية .

على أنه يظل أن يكون الشرط والأجل وصفين فى الالتزام الإرادى دون غيره . ومن ثم ذهب فريق من الفقهاء إلى أن الشرط والأجل هما قيدان على أثر الإرادة ، فيكونان جزءاً منها . وفى هذا يجوز لا محل له . والصحيح أن كل التزام إرادى هو التزام أريد فى أركانه الثلاثة وفى عناصره المأروضة ، فالشرط والأجل ، كالمحل والسبب ، ليست أجزاء من الإرادة ، بل هى عناصر مستقلة عنها ، والإرادة تتعلق بها جميعاً .

الباب الأول

الشرط والأجل

٣ - التقنين المدني الجديد والتقنين المدني السابق : احتوى التقنين المدني الجديد على نصوص عدة في كل من الشرط والأجل .

فقد عالج الشرط ، في المواد من ٢٦٥ إلى ٢٧٠ ، علاجاً إذا كان قد اقتصر فيه على القواعد الأساسية ، فقد رتب هذه القواعد ترتيباً منطقياً وأحكم وضعها ، ولكنه لم يخرج فيها وضعه من القواعد عما احتواه التقنين المدني السابق . وقد استبقى التقنين الجديد التصوير اللاتيني للشرط ، لاسيما فيما يتعلق بأثره الرجعي . وعالج الأجل ، في المواد من ٢٧١ إلى ٢٧٤ ، علاجاً ضابط به حدود أحكام الأجل ، وهذب في نصوص التقنين السابق ، وكانت هذه أكثر اقتضاباً فيما يتعلق بالأجل منها فيما يتعلق بالشرط . فأزال التقنين الجديد في نصوصه ماعلق بالنصوص القديمة من عموم وإبهام ، لاسيما في أسباب انقضاء الأجل ، وفي تعجيل الوفاء بالدين ، وفيما جرى به العرف من الدفع عند المقدرة أو الميسرة (١) .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « خلا التقنين المصري الراهن (السابق) إلا من قلة من النصوص بشأن الشرط . وقد أسهب المشروع في هذا الصدد ، رغم اختصاره على القواعد الأساسية وأخذ كثيراً من الأحكام من المشروع الفرنسي الإيطالي ، وقد أتبع له بذلك أن يبقى على التصوير اللاتيني لفكرة الشرط ، ولا سيما فيما يتعلق باستناد أثره . ولم يستحدث المشروع شيئاً جوهرياً فيما يتعلق بالأجل . ومع ذلك فهو لم يغفل في هذه الناحية من ضبط حدود بعض الأحكام ضبطاً يتطوّر بغير شك على تحسين أو تهذيب في نصوص التقنين الراهن (السابق) ، وهي بعد أكثر اقتضاباً فيما يتعلق بالأجل منها فيما يتعلق بالشرط . فلم يفرّد هذا التقنين لأحكام الأجل سوى نصين قصيرين أبترين ، لا يلمح فيهما أثر تكلف أو العناية بمرص صورة جامة كاملة المعالم . وقد تناول المشروع هذه -

والشرط هو أمر مستقبل غير محقق الوقوع ، يترتب على وقوعه وجود الالتزام أو زواله . فإذا كان وجود الالتزام هو المترتب على وقوع الشرط ، كان الشرط واقعاً . أما إذا كان الالتزام قد وجد فعلاً وكان زواله هو المترتب على وقوع الشرط ، كان الشرط فاسخاً .

والأجل هو أمر مستقبل محقق الوقوع ، يترتب على وقوعه نفاذ الالتزام أو انقضاؤه . فإذا كان نفاذ الالتزام هو المترتب على حلول الأجل ، كان الأجل واقعاً . أما إذا كان الالتزام قد صار نافذاً فعلاً وكان زواله هو المترتب على حلول الأجل ، كان الأجل فاسخاً .

فالفرق الجوهرى ما بين الشرط والأجل هو إذ تحقق الوقوع ، وعدم تحققه : كلاهما أمر يقع في المستقبل (١) ، ولكن الأجل محقق الوقوع ، أما الشرط فوقعه غير محقق (٢) .

وتتناول في فصلين متعاقبين الشرط والأجل .

— الأحكام ، ونهج في تنظيمها نهجاً منطقياً . وعرض كذلك لمطابقة من المسائل لم تمن النصوص القائمة بإزالة ما يكتنفها من الشك والابهام . وأخص هذه المسائل أسباب انقضاء الأجل وتسجيل الوفاء بالدين وما جرى به العرف من الاتفاق على الدفع عند المقدرة أو الميسرة ، (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٥) .

(١) وكل من الشرط والأجل هو الناقلة التي يطل منها النظام القانوني على المستقبل ، فالنشاط القانوني لا يستطيع أن يقتصر على الحاضر ، بل لابد أن يمتد إلى المستقبل . فإن أبسط حاجات الإنسان تقتضى منه ذلك ، وتلجئه إليه دفعا . وكثير من العلاقات القانونية لا يمكن لبيت فيها إلا في ظروف وملابسات غير محددة ، والمستقبل وحده هو الذى يكشف عنها . ولا يصل القانون إلى تحقيق ذلك إلا عن طريق الشرط والأجل ، فكلاما أمر مستقبل يرد إليه مصير العلاقات القانونية ، ومن هذا الطريق يستطيع الإنسان أن يتحكم في المستقبل (أنظر في هذا المنى اهرنج في روح القانون الروماني ٤ ص ١٦٢ - ص ١٦٣) .

(٢) الموجز للمؤلف فقرة ٤٦٥ - ص ٤٧٢ .

الفصل الأول

الشرط (*)

(La Condition)

٤ - قيام الشرط والاستمرار التي تترتب عليه : تبحث في الشرط
أمرين :

(أولاً) قيام الشرط ، ونعني بذلك : (١) مقومات الشرط (٢) نوعي
الشرط الواقف والقاسخ (٣) المصدر المنشئ للشرط وأى الحقوق يلحقها
وصف الشرط .

(ثانياً) ما يترتب على الشرط بعد قيامه مع الآثار .

(*) مراجع : أوبرى ورو (Aubry et Rau) وبارتان (Bartın) طبعة سابعة ٤
فقرة ٣٠٢ ص ٨٧ — ص ١٢٤ — بودرى وبارد (Baudry et Barde) طبعة ثانية ٢
فقرة ٧٤٣ — فقرة ٩٦٧ — بنكاز (Bonnetcase) ، فقرة ٦٢٦ وما بعدها — بلايول
ريبير وجابول (Plariol, Ripert et Gabolde) طبعة ثانية ٧ فقرة ١٠٢٤ — فقرة ١٠٤٦ —
يفان ولاجار (Beudant et Lagarde) طبعة ثانية ٨ فقرة ٧٢٣ — فقرة ٧٦٢ وقرة ٧٧٨ —
قرة ٧٩٦ — جان دى جارو دى لا ميشني (Jean du Gurreau de la Méchenie)
، أنسيكلوبيدى دالوز (Encyclopédie Dalloz) ١ لفظ (Condition) .
بارتان (Bartın) في نظرية الشروط المستحيلة وغير المشروعة والمخالفة للأداب رسالة من
لريس سنة ١٨٨٧ — لبتيه (Lepelletier) في الشروط المستحيلة وغير المشروعة والمخالفة
لأداب رسالة من باريس سنة ١٨٨٩ — لوتر (Leloutre) رسالة من كان سنة ١٩٠٤ —
ي لوان (De Loynes) في الملكية الملقة على شرط فاسخ رسالة من باريس سنة ١٩٠٨ —
يغو (Eygot) في الأثر الرجعي لتحقيق الشرط رسالة من باريس سنة ١٩٢٢ — تيودورسكو
(Théodoreac) في نظرية الشرط الإداري في عقود المعاوضة رسالة من باريس سنة ١٩٢٣ —
فيلدرمان (Filderman) وجبة الشرط في الاتفاقات رسالة من باريس سنة ١٩٣٥ .
ومعت الإشارة إلى المؤلفات التي تكرر طبعها نشير إلى التي ذكرناها هنا .

الفرع الأول

قيام الشرط

المبحث الأول

مقومات الشرط

٥ - **النصوص القانونية:** تنص المادة ٢٦٥ من التقنين المدني على ما يأتي :
« يكون الالتزام مطلقاً على شرط إذا كان وجوده أو زواله مترتباً على أمر مستقبل غير محقق الوقوع » .

وتنص المادة ٢٦٦ على ما يأتي :

١ - لا يكون الالتزام قائماً إذا علق على شرط غير ممكن أو على شرط مخالف للأداب أو النظام العام ، هذا إذا كان الشرط واقعاً . أما إذا كان فاسخاً ، فهو نفسه الذي يعتبر غير قائم ؛

٢ - ومع ذلك لا يقوم الالتزام الذي علق على شرط فاسخ مخالف للأداب أو للنظام العام ، إذا كان هذا الشرط هو السبب الدافع للالتزام .

وتنص المادة ٢٦٧ على ما يأتي :

« لا يكون الالتزام قائماً إذا علق على شرط واقف يجعل وجود الالتزام متوقفاً على محض إرادة الملتزم » (١) .

(١) تاريخ النصوص :

م ٢٦٥ : ورد هذا النص في المادة ٣٨٥ من المشروع التمهيدى حل الوجه الذى استقر به في التقنين المدنى الجديد . وأقرته لجنة المراجعة ، وأصبح المادة ٢٧٧ في المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم المادة ٢٦٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٦ — ص ٨) .

م ٢٦٦ : ورد هذا النص ٣٨٦ من المشروع التمهيدى حل الوجه الذى استقر به في التقنين المدنى الجديد . وأقرته لجنة المراجعة ، وأصبح مادة ٢٧٨ في المشروع النهائى .

وتقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق المادة ١٥٧/١٠٣ (١) .

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المواد ٢٦٥ - ٢٦٧ - وفي التقنين المدني الليبي المواد ٢٥٢ - ٢٥٤ - وفي التقنين المدني العراقي المواد ٢٨٥ - ٢٨٧ وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المواد ٨١ - ٨٧ (٢) .

= ووافق عليه مجلس النواب، فجلس الشيوخ تحت رقم المادة ٢٦٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٨ - ص ١٠) .

م ٢٦٧ : ورد هذا النص في المادة ٢٨٧ من المشروع التمهيدى على الوجه الذى استقر به في التقنين المدني الجديد . وأقرته لجنة المراجعة ، وأصبح المادة ٢٧٩ في المشروع النهاى . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم المادة ٢٦٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١١ - ص ١٣) .

(١) التقنين المدني السابق م ١٥٧/١٠٣ : يجوز أن يكون التمهيد مطلقاً على أمر مستقبل أو غير محقق يترتب على وقوعه أو عدمه وجود ذلك التمهيد أو تأييده أو منع وجوده أو زواله . (ويلاحظ خطأ المادى الوارد في هذا النص من أن التمهيد المشروط هو الذى يكون مطلقاً على أمر مستقبل أو غير محقق . والصحيح أنه يكون مطلقاً على أمر مستقبل غير محقق . وقد تجنب التقنين المدني الجديد هذا الخطأ المادى ، فلم يسطف الاستقبال على عدم تحقق الوقوع هـ بلو ، بل جمع بين الوصفين للاتصال عن وجوب تلازمهما : المذكرة الإيضاحية في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٧ - الموجز للمؤلف فقرة ٤٦٥ - والتون ٢ ص ٢٤٠ - استئناف مخطط أول مايو سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٢٢) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٢٦٥ - ٢٦٧ (مطابقة للمواد ٦٥ - ٢٦٧ من التقنين المدني المصرى) .

التقنين المدني الليبي م ٢٥٢ - ٢٥٤ (مطابقة للمواد ٢٦٥ - ٢٦٧ من التقنين المدني المصرى) .

التقنين المدني العراقي م ٢٨٥ : العقد المتجز ما كان بصيغة مطلقة غير ملققة على شرط ولا مضافة إلى وقت مستقبل ، ويقع حكمه في الحال .

م ٢٨٦ - ١ : العقد الملحق هو ما كان مطلقاً على شرط واقف أو فاسخ . ٢ : ويشترط لصحة التعليق أن يكون مدلول فعل الشرط معلوماً على خطر الوجود ، لا محققاً ولا مستحيلاً . م ٢٨٧ - ١ : إذا حلق العقد على شرط مخالف للنظام العام أو الآداب ، كان باطلاً إذا كان هذا الشرط واقعاً ، فإن كان فاسخاً كان الشرط نفسه لفعلاً غير معتبر . ٢ : ومع ذلك يظل العقد الذى حلق على شرط فاسخ مخالف للآداب أو النظام العام إذا كان هذا الشرط هو السبب الدافع لتمامه .

(ولا فرق في الأحكام ما بين التقنينين المصرى والعراقى ، غير إن أسلوب التقنين العراقى متفيس من تعبيرات الفقه الإسلامى ، ولم يرد في التقنين العراقى نص في الشرط الإرادى المخصى) . =

ويستخلص من النصوص المتقدمة الذكر أن للشرط مقومات ثلاثة: (١) فهو

٨١ م : تتبنين الموجبات والعقود البناني م ٨١ : الشرط عارض مستقبل غير مؤكد يتعلق عليه توكه الموجب أو سقوطه ، ويكون له مفعول وجبى إلا إذا تحصل العكس من مشيئة الفريقين أو من مائة الموجب . وفي الحالة الأولى المشار إليها في الفقرة السابقة يقال له شرط التعلق ، وفي الحالة الثانية يسمى شرط الإلغاء . إن العارض الماضي أو الحاضر ، وإن جهله الفريقان ، لا يعد شرطاً بالمعنى المقصود في هذه المادة .

٨٢ م : إن اشتراط الشيء المستحيل أو المخالف للأداب أو لقانون باطل ومبطل للاتفاق المطلق عليه . وإن صيرورة الشرط ممكناً فيما يحد من الوجه المادى أو الوجه القانونى لا تجعل الاتفاق صحيحاً . بيد أن الأمر يكون خلاف ذلك ، أى أن الشرط المستحيل أو غير المباح . مد كأنه لم يكتب ، إذا كان الفريقان لم يجعلاه شأناً جازماً ولم يكن له في التعاقد شأن السبب الدافع الحامل على إنشاء الموجب .

٨٣ م : باطل كل شرط من شأنه أن يفيد أو يمنع استعمال الحقوق المختصة بكل إنسان كاستعمال حقوقه في الزواج أو حقوقه المدنية . غير أن هذا الحكم لا يمسى على الحالة التى يحبس فيها أحد الفريقين نفسه من ممارسة صناعة أو مهنة ما في زمن معين أو مكان محدد . إما شرط بناء الترميل فيكون صحيحاً إذا وجد ما يصوبه من الأسباب المشروعة ، وحق تقديرها يعود إلى القاضي .

٨٤ م : يكون الموجب باطلاً إذا جعل وجوده موقوفاً على إرادة الموجب عليه وحدها (وهو الشرط الإرادى المحض) . غير أنه يحق لفريقين أو لأحدهما أن يحفظ لنفسه حق التصريح في مهلة معينة بأنه يريد البقاء على العقد أو فسخه . وهذا التحفظ لا يجوز اشتراطه في الاعتراف بالدين ولا في الهبة ولا في إسقاط الدين ولا في بيع السلم .

٨٥ م : إذا لم تعين المهلة في الحالة المنصوص عليها في المادة السابقة ، فكل فريق يمكنه أن يوجب على الفريق الآخر التصريح بقراره في مهلة كافية . وإذا انقضت المهلة ولم يصرح ذلك الفريق برغبته في فسخ العقد ، أصبح العقد نهائياً من تاريخ انقضائه . وإذا صرح جلياً للفريق الآخر برغبته في فسخ العقد ، عد الاتفاق كأنه لم يكن .

٨٦ م : إذا توفي قبل انقضاء المهلة الفريق الذى احتفظ بنفسه بحق الفسخ ولم يكن قد أنصح من مشيئته ، كان لورثته الحق في إبقاء العقد أو فسخه في المدة التى كانت باقية لمورثهم . وإذا اختلف الورثة فالذين يريدون البقاء على العقد لا يمكنهم إجبار الآخرين على قبوله ، ولكن لهم أن يتخذوا العقد كله لحسابهم الخاص .

٨٧ م : إذا جن الفريق الذى احتفظ لنفسه بحق الفسخ أو فقد الأهلية الشرعية بسبب آخر ، فالهتكة ، بنساء على طلب الفريق الآخر أو غيره من ذوى العلاقة ، تعين وصياً خاصاً لهذا الغرض ، فيقرر بتدريس من الهتكة ما إذا كان هناك محل لقبول العقد أو لفسخه حسبما تقتضيه مصلحة فاقد الأهلية . أما في حالة الإفلاس فيتولى الوصاية حتماً وكيل التفليسة أو غيره من يمثل جماعة الدائنين .

(والأحكام المقررة في التتبنين البناني تتفق في جلها مع الأحكام المقررة في التتبنين المصرى ، غير أن التتبنين البناني جاء أكثر أفاضة في التفصيلات على ما رأينا ، ولا سيما فيما يعرف في الفقه الإسلامى بغير الشرط ، فقد نظمته تنظيمياً تشريعياً مستقيماً) .

أمر مستقبل (٢) غير محقق الوقوع (٣) وغير مخالف للنظام العام ولا للآداب . وهناك مقوم رابع ، هو أن الشرط أمر عارض إضافي يمكن تصور الالتزام بدونه . وهذه ظاهرة عامة في أوصاف الالتزام ، ولكننا أكثرنا أن نذكرها في الشرط لأهميتها بالنسبة إليه ، إذ هي التي تميز بين الحق المشروط والحق الاحتمالي . ونستعرض الآن هذه المقومات الأربعة .

١٥ - أمر مستقبل

٦ - يجب أنه يكون الشرط أمراً مستقبلياً : يجب أن يكون الشرط أمراً مستقبلياً (événement futur) . فإذا وعد شخص آخر بجائزة إذا عثر على مال له مفقود ، أو وعد أب ولده بجائزة إذا نجح في الامتحان ، أو وعد الأب ابنه بأن يهب له منزلاً إذا تزوج لبيبه له أمر سكتاه ، فكل من العثور على المال المفقود والنجاح في الامتحان والزواج أمر مستقبل ، ومن ثم كان كل من الالتزام بالجائزة أو الهبة التزاماً معلقاً على شرط ، إذ يتوقف وجوده على تحقق هذا الشرط .

وإذا أوصى زوج لزوجته بدار تسكنها على أن تنفرغ لتربية أولادها منه فلا تزوج بعده وإلا فسخ الوصية ، أو باع شخص أحد متجربه واشترط على المشتري أن يكون البيع مفسوخاً إذا نافسه في المتجر الآخر الذي استبقاه ، فكل من الزواج في المثل الأول ومن المنافسة في المثل الثاني أمر مستقبل ، ومن ثم كانت الالتزامات المترتبة على كل من الوصية والبيع معلقة على شرط ، إذ يتوقف زوالها على تحقق هذا الشرط .

٧ - لا يجوز أنه يكون الشرط أمراً ماضياً أو ماضياً : فلا بد إذن أن يكون الشرط أمراً مستقبلياً . أما إذا كان أمراً ماضياً أو حاضراً فهو ليس بشرط ، حتى لو كان طرفا الالتزام يجهلان وقت التعامل ما إذا كان الأمر الماضي قد وقع أو لم يقع ، أو ما إذا كان الأمر الحاضر واقعاً أو غير واقع . فلو أن الواعد بالجائزة ، في المثل المتقدم ، وقت أن وعد بها كان الموعود له قد حضر

على المال المفقود ولا يعلم الواعد ذلك ، فالتزام الواعد بالجائزة التزام منجز غير معلق على شرط ، وهو واجب الوفاء في الحال . ولو أن الأب الذي وعد ابنه بجائزة إذا نجح في الامتحان كان وقت أن وعد بها لا يعلم أن نتيجة الامتحان قد ظهرت بالفعل وأن ابنه قد رسب ، فالتزام الأب باعطاء ابنه الجائزة التزام لم يوجد ولن يوجد ، فهو التزام غير موجود أصلاً منذ البداية وليس التزاماً معلقاً على شرط . ولو أن الأب وقت أن وعد ابنه بأن يهب له منزلاً إذا تزوج كان لا يعلم أن ابنه قد تزوج فعلاً ، فالتزام الأب بالهبة يكون التزاماً منجزاً غير معلق على شرط ، وهو واجب الوفاء في الحال (١) .

واعتماد الملتزم ، في الأمثلة المتقدمة ، أن التزامه معلق على شرط بينما هو التزام منجز ، بل اعتقاد الطرفين معاً ، المدين والدائن ، أن الشرط لم يتبين مآله بعد وأن الالتزام معلق على شرط ، لا يؤثر في أن الالتزام منجز لو كان

(١) قارب بودرى وبارد ٢ فقرة ٧٥٠ ص ٤ — وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في هذا الصدد : « فإذا خلق الالتزام حل أمر تم وقوعه من قبل ، فترتب الالتزام منجزاً لا مطلقاً ، ولو كان المتعاقدان حل جهل بذلك : أنظر المادة ١١٨١ فرنسي والمادة ٨١ لبناني » (مجموعة الأعمال التفسيرية ٣ ص ٧) .

وقد كان التفتين المدنى السابق (م ٣٠٧/٢٤١) يجعل الهلاك حل المشتري إذا كان المبيع ما يوزن أو يمد أو يكال أو يقاس ، ووزن أو عد أو كيل أو قيس ولو قبل تسليمه إلى المشتري . وقد كان هذا الحكم شاذاً ، إذ كان يخرج عن القاعدة العامة التي تقضى بأن هلاك المبيع قبل التسليم حل البائع لا حل المشتري . وقد أزال التفتين الجديد هذا الشذو ، فجعل الهلاك حل البائع في الحالة التي نحن بصددنا . ومن ثم كانت هناك ، في التفتين المدنى السابق ، أهمية عملية لاجتياز الالتزام منجزاً إذا خلق حل أمر غير مستقبل في الفرض الآتي (ونقله عن الموجز ص ٤٧٢) : شخص يبيع لأخر مائة قطار من القطن تؤخذ من مخزنه ، ويعلق التزامه حل صدور قانون بجواز زراعة القطن في نصف التزام ، ويكون هذا القانون قد صدر فعلاً وقت البيع وهو مجهول ذلك . في مثل هذا الفرض يكون التزام البائع — وقد خلق حل شرط قد تم من قبل — التزاماً منجزاً ، فلو استرق القطن بعد وزنه وقبل تسليمه للمشتري يكون الهلاك حل المشتري (٣٠٧/٢٤١ من التفتين المدنى السابق) . أما إذا كان القانون لم يصدر إلى يوم احتراق القطن ، فإن الهلاك يكون حل البائع ، لأن التزامه يكون مطلقاً حل شرط هو صدور القانون وقد صار الوفاء بالتزام مستحيلاً قبل تحقق الشرط ، فلا يكون لتحقيق الشرط بعد ذلك تأثير (م ١٦٠/١٠٦ من التفتين المدنى السابق) — قارب كولان وكايتان ، فقرة ٦٤٧ .

هذا الأمر قد تحقق غملاً قبل وجود الالتزام ، أو في أن الالتزام غير موجود أصلاً لو كان هذا الأمر لم يتحقق (٢) .

٨ - فميكونه الأمر المستقبل أمراً إيجابياً أو أمراً سلبياً - والأمر المستقبل الذى ينطوى عليه الشرط قد يكون أمراً إيجابياً أو أمراً سلبياً . فالأب الذى التزم بأن يهب ابنه داراً إذا تزوج قد علق التزامه على شرط هو زواج ابنه ، وهذا أمر إيجابى . والزواج الذى يوصى لامرأته بدار على شرط ألا تزوج بعده قد علق الوصية على شرط هو عدم زواج امرأته ، وهذا أمر سلبى .

ولا فرق فى الحكم بين ما إذا كان الشرط أمراً إيجابياً أو أمراً سلبياً ، ولا يكاد يكون للفرقة أهمية عملية إلا من ناحية تقدير الوقت الذى يعتبر فيه الشرط قد تحقق أو تخلف . فى الشرط الإيجابى تحدد عادة مدة قصيرة إذا لم يتحقق الشرط فيها اعتبر متخلفاً ، وفى الشرط السلبى تكون المدة عادة طويلة فالزوجة الموصى لها بالدار بشرط ألا تزوج بعد موت زوجها عليها ألا تزوج طول حياتها .

على أن الأمر الواحد - كما يقول بودرى وبارد (٢) - قد تكون له نامية إيجابية ونامية سلبية وهو لم يتغير ، فيستطاع وضعه فى صورة شرط إيجابى أو فى صورة شرط سلبى . فإذا التزم شخص لآخر ، وعلق التزامه على شرط هو أن يعيش الملتزم له خارج مدينة القاهرة حتى يبعده عن ملاحها ، فقد وضع الشرط فى صورة أمر إيجابى . ويستطيع أن يضع نفس الشرط فى صورة أمر سلبى إذا اشترط على الملتزم له ألا يعيش فى مدينة القاهرة .

(١) لكن إذا علم الطرفان أن الشرط قد تحقق أو هو متحقق ، ومع ذلك علقا الالتزام عليه باعتبار أنه قد يقع مرة أخرى فى المستقبل ، وكانا واثقين فى هذا الظن إذ أن الأمر لن يقع بعد ذلك ، فإن الشرط يكون فى هذه الحالة أمراً مستحيلاً (أوبرى ورو ، ٤ فقرة ٣٠٢ ص ٩٠ هامش رقم ٦) .

(٢) ٢ فقرة ٧٧٦ - وانظر أيضاً ديجولومب ٢٥ فقرة ٢٨٣ - فقرة ٢٨٤ .

٢٥ - غير محقق الوقوع

٩ - يجب أنه يكونه الشرط غير محقق الوقوع : تقول الفقرة الأولى من المادة ٢٨٦ من القانون المدني العراقي : « يشترط لصحة التطبيق أن يكون مدلول فعل الشرط معلوماً على خطر الوجود ، لاعتقاً ولا مستحيلاً . وهذا تعبير استعير من الفقه الإسلامي لهذا المقوم من مقومات الشرط . فالشرط يجب أن يكون أمراً غير محقق الوقوع ، وهذا الشك في وقوع الأمر هو لب الشرط والصميم فيه .

فاذا كان الأمر محقق الوقوع ، فانه لا يكون شرطاً . وكذلك لا يكون شرطاً أمر مستحيل الوقوع . وإنما يكون الشرط أمراً محتمل الوقوع ، لاعتقاً ولا مستحيلاً (١).

١٠ - لا يكونه شرطاً الأمر محقق الوقوع : فاذا كان الأمر مستحيلاً وليكنه محقق الوقوع ، فانه لا يكون شرطاً ، بل يكون أجلاً كما سبق القول . فاذا أضاف الملتزم التزامه إلى موسم الحصاد ، كان الالتزام مقترناً بأجل لاعتقاً على شرط ، لأن موسم الحصاد في المألوف من شؤون الدنيا لا بد آت ، فالأمر هنا محقق الوقوع ، فيكون أجلاً لا شرطاً .

(١) فاذا كان التصهد مطلقاً نفاذه على حادث في استطاعة كل من المتعاقدين أن يوجد أو يمنعه ، لم يكن هذا الحادث شرطاً (محكمة الاستئناف الأهلية ٤ مايو سنة ١٩٠٥ المأكم ١٦ ص ٣٤٩٩ - ٢٠ يناير سنة ١٩١٥ الحقوق ٣٠ ص ١٧٥) . والاتفاق على أن يكون مهاد استحقاق الكيالة هو اليوم التالي لمغادرة السفينة الميناء هو اتفاق مطلق على شرط لامضاف إلى أجل ، لأن مغادرة السفينة الميناء أمر لا يمكن لبت في وقوعه بتأ مطلقاً (محكمة الاستئناف المختلطة ٩ يناير سنة ١٩٢٨ سيرة ١٩٢٩ - ٤ - ٦) . والاتفاق على أن يكون سريان وثيقة التأمين هو اليوم التالي لدفع القسط الأول اتفاق معلق على شرط . ويترب على ذلك أن مبلغ التأمين يكون مستحقاً إذا وقع الحادث المؤمن عليه قبل دفع القسط الأول ، إذا ثبت أن التأخير في دفع هذا القسط كان جماً عن خطأ من شركة التأمين نفسها . ذلك لأن تخلف الشرط كان خطأ المدين ، فيعتبر الشرط متحققاً ويكون مبلغ التأمين مستحقاً (انظر ما يلي فترة ٤٣ - وقارن بيدان ولا جارد ٨ ص ٥٢٢ حاش رقم ٢) .

ويكون الأمر محقق الوقوع أجلاً حتى لو لم يكن موعد وقوعه محققاً ، كالموت . فاذا التزم المشتري بأن يدفع للبائع ثمناً هو إيراد مرتب طول حياته ، فقد جعل المشتري لالتزامه أجلاً فاسخاً هو موت البائع ، والموت أمر محقق وإن كان لا يعرف متى يقع . والتزام شركة التأمين على الحياة بأن تدفع مبلغ التأمين إلى ورثة المؤمن عليه عند موته هو التزام مضاف إلى أجل واقف لا معلق على شرط واقف (١) .

على أن الموت قد يكون شرطاً إذا اقترن بملاسات تجعله غير محقق الوقوع في نطاق هذه الملاسات . فاذا وهب شخص داراً لاثنتين على التعاقب بشرط ألا تنتقل الدار إلى الثاني إلا إذا عاش بعد موت الأول ، فإن الهبة الأولى تكون معلقة على شرط فاسخ هو أن يموت الموهوب له الأول قبل موت الموهوب له الثاني ، وتكون الهبة الثانية معلقة على شرط واقف هو أن يعيش الموهوب له الثاني بعد موت الموهوب له الأول . فالموت في هاتين الهبتين شرط لا أجل ، إذ اقترن بملاسات جعلته في كل منهما غير محقق الوقوع . هو محقق الوقوع في ذاته ، ولكنه أن يموت أحد الموهوبين لما قبل الآخر هذا هو الأمر غير محقق الوقوع ، فيصبح الموت في نطاق هذه الملاسات شرطاً لا أجلاً .

١١ - لا يكون شرطاً الأمر مستحيل الوقوع : كذلك لا يكون شرطاً

الأمر مستحيل الوقوع . فاذا علق الملتزم وجود التزامه على أمر مستحيل استحالة مطلقة ، فإن الالتزام لا يوجد أصلاً . ويجب أن تكون الاستحالة مطلقة ، أي أن يستحيل تحقق الشرط بالوسائل المعروفة للإنسان . فاذا وعد شخص آخر بإعطائه جائزة إذا وصل إلى القمر كانت هذه الاستحالة مطلقة ، لأن وسائل الطيران المعروفة حتى اليوم تعجز عجزاً مطلقاً عن الوصول إلى القمر ، وإن كان العلماء يتحدثون عن إمكان ذلك في المستقبل .

أما إذا كانت الاستحالة نسبية فإنها لا تعيب الالتزام ، بل يكون في هذه الحالة قائماً يتوقف وجوده أو زواله على تحقق الشرط . وتعتبر الاستحالة نسبية إذا غلب على الظن أن تقدم المعارف البشرية تجعل الشرط غير مستحيل الوقوع ،

وإن كان لم يقع حتى اليوم . فيجوز لشخص أو هيئة أن تعد بمنح جائزة ، إذا استطاع الموعود له أن يجد علاجاً لبعض الأمراض المستعصية التي يوجد لها علاج حتى اليوم .

وكما تكون الاستحالة طبيعية كما رأينا في الأمثلة المتقدمة ، قد تكون أيضاً قانونية (١) . فالالتزام المعلق على شرط أن يبيع المشرط عليه شركة مستقبلية ، أو على شرط أن يتزوج محرماً ، أو على شرط أن يطلق زوجته إذا كان الطلاق غير جائز في شريعته ، لا يكون التزاماً قائماً ، لأنه علق على شرط مستحيل استحالة مطلقة . والاستحالة هنا استحالة قانونية لا استحالة طبيعية ، إذ يبيع الشركة المستقبلية باطل ، وباطل كذلك الزواج من المحرم ، والطلاق محرم في شريعة المشرط عليه (٢) .

١٢ — الشرط الإرادي : وهناك شرط يمكن الوقوع ، ولكن وقوعه يتعلق بإرادة أحد طرفي الالتزام ، الدائن أو المدين . ذلك أن الشرط — من حيث تعلقه بإرادة طرفي الالتزام — قد يكون شرطاً لا علاقة له بهذه الإرادة أصلاً ، فهو شرط متروك للصدقة (condition casuelle) ، مثل ذلك تعليق الالتزام على

(١) فن التزم بإعطاء جائزة نسابع إذا عبر المحيط سباحة يكون قد علق التزامه على شرط مستحيل استحالة مادية ، ومن التزم بإعطاء مسرة لشخص إذا باع له شيئاً موقوفة يكون قد علق التزامه على شرط مستحيل استحالة قانونية (الموجز للمؤلف فقرة ٤٧٠ ص ٤٧٥) . كذلك إذا اشترط شخص على آخر أن يأخذ عقاراً بالشقة ولم يكن المشرط عليه من الشفعاء ، فإن الشرط يكون مستحيلاً قانونياً .

وإذا كان عبور المحيط سباحة يمد مستحيلاً استحالة مطلقة ، فإن عبور المائش سباحة لا يمد مستحيلاً إذ عبه كثيرون ، فإذا اشترط شخص على آخر من لا يجيدون السباحة كانت الاستحالة نسبية بالنسبة إلى المشرط إليه ، وكان الشرط صحيحاً . ومثل عبور المائش تسلق جبل شامق .

(٢) وإذا كان الشرط وقت اشتراطه ممكناً ، ثم أصبح بعد ذلك مستحيلاً ، فإنه يكون شرطاً صحيحاً قد تخلف (أوبري ورو ٤ فقرة ٣٠٢ ص ٩٣ — لوران ١٧ فقرة ٤٢ — هيك ٧ فقرة ٢٤٧ — بودري وبارد ٢ فقرة ٧٥٧) .

كذلك إذا كان الشرط مستحيلاً وقت اشتراطه ولكنه يصبح ممكناً في ظروف من المألوف توقعها ، فإن المفروض أن المشرط نظر إلى احتمال تحقق هذه الظروف ، فيكون الشرط في هذه الحالة صحيحاً (بودري وبارد ٢ فقرة ٧٥٨) .

شرط وصول الطائرة سليمة إلى مطار الوصول . وقد يكون شرطاً متعلقاً بإرادة أحد طرفي الالتزام (condition potestative) ، كالزواج فهو متعلق بإرادة من يشترط عليه الزواج . وقد يكون شرطاً مختلطاً (condition mixte) يتعلق بإرادة أحد طرفي الالتزام ويعامل خارجي معها كمجرد الصدقة أو إرادة الغير ، وذلك كالزواج من شخص معين فهذا شرط متعلق بإرادة من اشترط عليه الزواج وإرادة من اشترط الزواج منه (١).

وكل من الشرط المتروك للصدقة والشرط المختلط شرط صحيح ، لأنه أمر لاهو محقق الوقوع ولا هو مستحيل الوقوع ، إذ أن وقوعه لا يتعلق بمحض إرادة تخمكية ، وهو حتى إذا تعلق بإرادة أحد طرفي الالتزام فإنه في الوقت ذاته يتعلق بأمر خارج عن هذه الإرادة يجعل وقوعه محتملاً ، لا محققاً ولا مستحيلاً . أما الشرط الإرادي فهو إما أن يكون شرطاً إرادياً بسيطاً (condition simplement potestative) أو شرطاً إرادياً محضاً (condition purement potestative) . فالشرط الإرادي البسيط يتعلق بإرادة أحد طرفي الالتزام ، ولكن هذه الإرادة ليست مطلقة ، بل هي مقيدة بظروفها وملابساتها . فالزواج شرط إرادي يتعلق بإرادة الدائن أو المدين ، ولكن إرادة المشتري عليه الزواج ليست مطلقة ، إذا الزواج أمر تحوط به الظروف والملابسات الاجتماعية والاقتصادية .

ويقال مثل ذلك عن شرط النجاح في الامتحان ، بل أن هذا الشرط يكاد يكون شرطاً مختلطاً فهو يتعلق بالإرادة وبظروف أخرى قد لا يكون للشخص سلطان عليها . ومن ثم يكون الشرط الإرادي البسيط شرطاً صحيحاً ، سواء تعلق بإرادة الدائن أو بإرادة المدين .

بقي الشرط الإرادي المحض ، وهذا إما أن يتعلق بمحض إرادة الدائن أو بمحض إرادة المدين . فإن تعلق بمحض إرادة الدائن كان شرطاً صحيحاً ، وكان الالتزام قائماً معلقاً على إرادة الدائن ، إن شاء تقاضى المدين الشيء الذي ألزمه به ، وإن شاء أحله من التزامه . أما أن تعلق الشرط بمحض إرادة المدين ، فإن كان

شرطاً فاسخاً، كأن يلتزم للمدين حالاً ويجعل فسخ هذا الالتزام معلقاً على إرادته المحضة ، كان الشرط صحيحاً وكان الالتزام قائماً ، لأن الالتزام لم يعلق وجوده على محض إرادة المدين ، فهو إذن قد وجد ، وإنما استبقى المدين زمامه في يده ، إن شاء أبقاه وإن شاء فسخه (١) . وإن كان الشرط المتعلق بمحض إرادة المدين شرطاً واقعياً ، كأن يلتزم المدين إذا أراد ، أو يلتزم إذا رأى ذلك معقولاً أو مناسباً (٢) ،

(١) استئناف مخطط ١١ أبريل سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٤٠ — كفر الشيخ ١٦ مارس سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٢٢ ص ٧٩ — كولان وكابيتان ٢ فقرة ٢٠٠ — قارن السيكلويدي دالوز ١ لفظ Condition فقرة ١٦ .

(٢) أما إذا التزم شخص على أن يكون الالتزام في حدود مقولة ، فإن هذا الشرط لا يكون إرادياً لأن تعيين الحدود المقولة للالتزام يترك لتقدير القاضي (دهرانتون ١١ فقرة ٢٣ — لادومير ٢ م ١١٧٤ فقرة ٣ — ديملوب ٢٥ فقرة ٣٢٨ — ولتون ٢ ص ٣٤٤) . فإذا التزم صاحب المتجر لمستهخدمه أن يفتحه آخر العام مبلغاً على أن يترك تقدير هذا المبلغ لصاحب المتجر يمينه وفقاً للمألوف وفي حدود مقولة ، لم يكن الالتزام لصاحب المتجر مطلقاً على شرط إرادى ، وعند الخلاف يقول القاضي تعيين الحدود المقولة لتقدير هذه القضية (أوبرى ورد ٤ فقرة ٣٠٢ ص ٩٦ — ص ٩٧) .

بل يجوز أن يعلق المدين ، في عقد ملزم للجانبين ، وجود التزامه على محض إرادته ، مادام الالتزام المقابل معوقاً على وجوده الالتزام الأول ، لأن المدين في هذه الحالة إذا شاء ألا يلتزم حرم من الالتزام المقابل ، فليس له إذن كامل الحرية في أن يلتزم أو ألا يلتزم . ومن هذا يخرج بيع المذاق ، فالمشتري لا يلتزم بالتمن إلا إذا شاء بمحض إرادته ، ولكنه إذا شاء ألا يلتزم حرم من المبيع (أوبرى ورد ٤ فقرة ٣٠٢ ص ٩٧) . وينبغي بودوى وبارد في العقد الملزم للجانبين ملهياً آخر ، فيقولان إنه إذا التزم أحد المتعاقدين من جانبه التزاماً مطلقاً على محض إرادته كان التزامه باطلاً ، أما الالتزام المقابل فيبقى صحيحاً ، فينقذ العقد في هذه الحالة ملزماً لجانب واحد لا ملزماً للجانبين . فإذا التزم البائع أن يبيع ، والتزم المشتري أن يشتري إذا أراد ، فإن التزام البائع ينقذ صحيحاً ، ويظل التزام المشتري متعلقاً على محض إرادته ، فينقذ العقد ملزماً لجانب واحد ويكون في حقيقته وعداً بالبائع . على أن المشتري لا يستطيع في هذه الحالة أن يتناهى من البائع التزامه إلا إذا قام هو من جانبه بالتزامه الذى ملقه على محض إرادته ، فيفقد العقد إذا أريد تنفيذه مقدماً ملزماً للجانبين (بودوى وبارد ٢ فقرة ٧٨٢) . ونلاحظ على هذا التحليل أن هناك فرقاً بين عقد ملزم للجانبين أحد الالتزامين فيه مطلق على محض إرادة المدين كبيع المذاق ، وبين عقد ملزم لجانب واحد كالوعد بالبائع . فبيع المذاق ينشئ التزاماً يدفع الثمن في جانب المشتري ، وإذا كان هذا الالتزام مطلقاً على محض إرادته إلا أنه التزام صحيح إذا شاء ألا يحرم من البيع ، فإذا أراد المشتري استيفاء الصفقة انقضت من وقت البيع . وهذا بخلاف الوعد بالبائع ، فهو لا يترتب له التزام في جانب المشتري وإنما ينشئ له حقاً منجزاً ، وإذا أعلن المشتري إرادته في تمام الصفقة انقضت ولكن من -

فهذا شرط يجعل عقدة الالتزام منحلة منذ البداية ، إذ أن الالتزام قد خلق وجوده على محض إرادة المدين ، وإن شاء حقق الشرط ومن هنا يكون الشرط محقق الوقوع بمشيئة المدين ، وإن شاء جعله يتخلف ومن هنا يكون الشرط مستحيل الوقوع بمشيئة المدين أيضاً (١) ومن ثم يكون هذا الشرط باطلاً ،

= وقت إعلان الإرادة لا من وقت الوعد بالبيع (انظر الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام ص ٢٥٤ هامش رقم ١) .

وإذا التزم شخص على أن يكون الوفاء عندما يريد ، فإن الالتزام يكون صحيحاً لأنه ترتب في ذمته دون أن يتعلق ذلك بمحض إرادته ، أما ميّاد الوفاء فيكون أي يوم يختاره المدين قبل موته ، فإذا مات حل الدين ووجب الوفاء (رالتون ٢ ص ٢٤٤) . ومن باب أول يكون الالتزام صحيحاً إذا اشترط المدين أن يكون الوفاء عند الميسرة . ويلاحظ أننا ، في انفرسين المتعدين ، يصدد أجل غير معين لا يصدد شرط (انظر المادة ٢٧٢ مدق) . ويعين القاضي ، في انفرس الثاني ، ميّاداً مناسباً لحلول الأجل ، مراعياً في ذلك موارد المدين الحالية والمستقلة ومقتضيات من عناية الرجل الحرص على الوفاء بالتزامه ، ويجعل الأجل حياً بموت المدين (محكمة الاسكندرية الأهلية ٥ يناير سنة ١٩٣٢ المحاماة ١١ ص ١٠٦٣ — منوف ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ ص ٩٠٢ — شين الكوم ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ ص ٩٠٥ — الموجز للزلف ص ٤٧٤ هامش رقم ١ — الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٦٧) . وقد يريد المتعاقدان أن تكون الميسرة شرطاً لا أجلاً ، فمنه ذلك لا يستحق الدين إلا إذا أيسر المدين ، فلم يؤسر حتى مات مصرأ ، فقد تخلف الشرط ولم يستحق الدين (الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٦٧) . وسنعود إلى هذه المسألة بتفصيل أدنى فيما يلي (انظر فقرة ٥٤) .

(١) انظر في الشرط الإرادي المحض : مصر الأهلية ١٨ يونيو سنة ١٨٩٠ الحقوق ٥ ص ١٣١ — المنيا ٢٦ يولية سنة ١٩٢١ المحاماة ٣ ص ٤٧ — أجا ٢١ مايو سنة ١٩٢٥ المحاماة ٩ ص ٥٣٧ — جرجا ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٢٦ المحاماة ٨ ص ٥٨٦ — الاسكندرية مستعجل ٢٢ سبتمبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ ص ٥٨٥ — شين الكوم ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ ص ٩٠٥ — استئناف مخطط ٢٣ أبريل سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٢٦١ — ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ٤٣ .

وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه يعتبر شرطاً إرادياً محضاً متعلقاً بإرادة المدين ، ومن ثم يكون باطلاً ، الاتفاق على ألا يأخذ الوارث حقه من التركة إلا بعد توقيع عقد القسمة ما بين جميع الورثة ، فإنه يمكن أن يمتنع أحد الورثة من توقيع عقد القسمة حتى يمتنع على الوراث أن يأخذ حقه في التركة (استئناف مخطط ٢٢ فبراير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٢٦) . وقضت أيضاً بأن اشتراط الوكيل بالموولة أنه يشتري لحساب غيره وأنه يملن اسم هذا الغير حتى شاء ، يعتبر شرطاً إرادياً محضاً ، ومن ثم يكون باطلاً ، فإذا لم يملن الوكيل بالموولة اسم الغير كان هو المتزم شخصياً (استئناف مخطط ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٦١ م ٢٩ ص ٢٢) .

ويستقط كل التزام معلق على شرط واقف هو محض إرادة المدين . وهذا ما تقرره المادة ٢٦٧ مدني ، إذا نقول كما رأينا : « لا يكون الالتزام قائماً إذا علق على شرط واقف يجعل وجود الالتزام متوقفاً على محض إرادة الملتزم (١) ».

٣٥ - غير مخالف النظام العام أو الآداب

١٣ - الشرط المخالف للنظام العام : وقد يكون الشرط مخالفاً للنظام العام ، فيكون في هذه الحالة باطلاً ولا يقوم الالتزام الذي علق وجوده عليه .

وأمثلة الشروط المخالفة للنظام العام كثيرة متنوعة . فإذا علق الملتزم التزامه على ألا يتزوج الدائن إطلاقاً ، كان الشرط مخالفاً للنظام العام إذا لم يكن هناك غرض مشروع يرمي إليه المشتري من وراء هذا الشرط . فإذا رعى مثلاً إلى منع زوجته بعد موته من الزواج غير منه وأثره ، فالشرط باطل لمخالفته للنظام العام .

- ويرد بيدان ولا جارد (٨ فقرة ٧٩٢) من الأمثلة على الشرط الإرادي المحض أن يعد المفرض بالفرض إذا شاء ، أو إذا قرر أن هذا يمكن ، أو إذا وجد ذلك منقولاً ، أو إذا رأى أن الصفة مجزية . ويلاحظ بلانويول وريبير وبولانجي (٢ فقرة ١٣٥٣) أن الشرط الإرادي المحض ليس في حقيقته شرطاً ، ولكنه عنصر من عناصر الالتزام ذاته ، وهو عنصر إرادة الملتزم في أن يلتزم .

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٢ - ص ١٣ - الموجز المؤلف فقرة ٤٦٩ : الأحكام المشار إليها في ص ٤٧٥ هامش رقم ١ . ويمكن القول ، بعد ما قدمناه ، أن الشرط الإرادي المحض إذا تعلق بإرادة الدائن ، أو تعلق بإرادة المدين وكان شرطاً فاسخاً ، أو تعلق بإرادة المدين وكان شرطاً واقعاً مرتبطاً على عقد ملزم للجانبين ، فإنه يكون شرطاً صحيحاً . ولا يبطل الشرط الإرادي المحض إلا إذا تعلق بإرادة المدين وكان شرطاً واقعاً غير مرتبط على عقد ملزم للجانبين . وتقدير ما إذا كان الشرط هو هذا أو ذاك مسألة واقع لا تعقب فيها على قاعني الموضوع ، أما حكم الشرط بعد تعيين نوعه فمسألة قانون تخضع لرقابة محكمة القضاء .

وهناك من يعتقد التمييز ما بين الشرط الإرادي البسيط والشرط الإرادي المحض ، معتبراً أن الكثرة الدالة مما يسمى بالشروط الإرادية البسيطة هي في حقيقتها شروط مختلفة (انظر إيغو (Eygout) في الأثر الرجعي لتحقيق الشرط رسالة من باريس سنة ١٩٢٢) . ولكن هذا التمييز قد استقر في الفقه وفي القضاء بحيث أصبح من المعتاد إغفاله (بلانويول وريبير وجابوله ٧ فقرة ١٠٢٨ ص ٣٧٧ هامش رقم ١) .

أما إذا رى إلى جعل زوجته بعد موته تنفرغ لتربية أولادها منه فلا يشغلها زوج آخر ، فالشرط صحيح والالتزام قائم .

كذلك الشرط القاضى بالاجتراف المشترط عليه مهنة معينة يكون باطلا لمخالفته للنظام العام ، ما لم يكن هناك غرض مشروع يرى إليه المشترط ، كأن تكون المهنة المحرمة مهنة وضعية تزدى بالكرامة ، أو أن يكون المشترط قد أراد أن يحمى نفسه حماية مشروعة من منافسة المشترط عليه .

وإذا اشترطت الزوجة غير المسلمة أن تكون أولادها من زوجها المسلم على دينها هى لأعلى دين زوجها وإلا كان لها حق الطلاق من زوجها ، فإن هذا الشرط باطل لمخالفته للنظام العام .

وإذا اشترطت الزوجة المسلمة على زوجها ألا يطلقها ، فإن الشرط باطل لمخالفته للنظام العام ، ولزوج بالرغم من هذا الشرط أن يطلق زوجته لسبب مشروع وفى غير تعنت . ولكن يجوز للزوجة أن تشترط مبلغاً من المال تعويضاً لها عما يصيبها من الضرر إذا طلقها زوجها ، وفى هذه الحالة ينظر إن كان الطلاق لغير سبب مشروع فالشرط صحيح ويجب دفع التعويض . وإلا فالشرط باطل والتعويض غير مستحق .

وشرط عدم تعدد الزوجات الذى قد تشترطه الزوجة على زوجها المسلم ، وإلا صارت مطلقة منه أو أعطاه تعويضاً ، شرط صحيح فى نظرنا وليس مخالفاً للنظام العام . ولكن لا يجوز أن تشترط الزوجة على زوجها المسلم ألا يتزوج غيرها وإلا كان الزواج الآخر باطلاً أو كانت الزوجة الأخرى هى الطالقة (١) .

ويمكن التمييز بين شرط مخالف للنظام العام وشرط مستحيل استحالة قانونية ، وإن كان كل من الشرطين باطلاً . فاشترط عدم الزواج قد يكون شرطاً مخالفاً للنظام العام ولكنه شرط غير مستحيل ، أما اشتراط الزواج من محرم فشرط مستحيل استحالة قانونية وهو فى الوقت ذاته مخالف للنظام العام لأن الاستحالة القانونية كثيراً ما ترجع إلى مخالفة النظام العام .

(١) انظر فى أمثلة أخرى الموجز للمؤلف لفقرة ٤٧٠ وص ٤٧٥ — ٤٧٦ وص ٤٨٠ .

١٤ - الشرط المخالف لمواد : وقد يكون الشرط مخالفاً للآداب ،

فيكون باطلاً أيضاً ، ويسقط الالتزام الذي علق عليه قيامه . فإذا التزم شخص نحو آخر بمبلغ من النقود بشرط أن يقوم بارتكاب عمل غير مشروع ، فإن الشرط يكون مخالفاً للآداب ويكون باطلاً كما قلنا . وكذلك الحكم إذا اشترط على شخص ألا يرتكب جريمة ، أو أن يمحو آثار جريمة ارتكبها كأن يعيد مخطوفاً أو يرد مسروقاً ، أو اشترط عليه أن يقوم بعمل واجب عليه قانوناً على أن يتناول أجراً على القيام به كأن تدخل الزوجة في طاعة زوجها أو أن يمنع الزوج عن معايشة غير زوجته أو أن يكف شخص عن التشهير بشخص آخر ونحو ذلك ، فكل هذه شروط تعتبر مخالفة للآداب لأنها جزء مادي على القيام بالواجب ، والواجب يتعين القيام به دون جزاء (١) .

٥ ٤ - أمر عارض

١٥ - الشرط أمر عارض : ويدخل في مقومات الشرط ، بحكم أنه وصف يلحق الحق بعد تكوينه ، أنه أمر عارض يلحق عنصراً جوهرياً من عناصر الحق .

ويتربط على أن الشرط يلحق عنصراً جوهرياً من عناصر الحق أن كلا

(١) لوران ١٧ فقرة ٤٩ — هيك ٧ فقرة ٢٤٨ — بودرى وبارد ٢ فقرة ٧٦٦ — هذا وإذا التزم شخص نحو آخر أن يدفع مبلغاً من المال إذا ارتكب الملتزم عملاً غير مشروع أو عملاً منافياً للآداب ، فإن الشرط يكون في هذه الحالة صحيحاً ، فهناك فرق بين أن يدفع شخص إلى القيام بالواجب من طريق إعطائه مالا وبين أن يزجر شخص من عدم القيام بالواجب عن طريق تفرجه المال ، فالشرط في الحالة الأولى باطل لمنافاته للآداب ، وهو في الحالة الثانية صحيح لأنه لا ينافي الآداب في شيء بل هو يقوم الأخلاق ويصلح النفوس (كروليه دى سانتير ٥ فقرة ٩٢ مكرو — أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٢ ص ٩٤ — ديمولومب ٢٥ فقرة ٣٠٦ — فقرة ٣٠٧ — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٧٨٣ — فقرة ٧٨٤ — أنسيكلوبيدى دالوز ١ فقط (Condition) فقرة ١٩ — انظر عكس ذلك : لارومبيير ٢ ١١٧٢ و ١١٧٣ فقرة ٩ — لوران ١٧ فقرة ٤٩ — هيك ٧ فقرة ٢٤٨ — بودرى وبارد ٢ فقرة ٧٦٤) . بل نحن نرى أنه إذا قصد باعطاء المال للتشجيع على أداء الواجب ، فإن الشرط قد يكون صحيحاً ، كما إذا وعد شخص حارساً بزيادة أجره إذا هو أحسن الحراسة .

من الحق المضمون برهن والحق غير معين القيمة والحق التبعي لا يعتبر حقاً مطلقاً على شرط ، لأن الوصف هنا لا يلحق عنصراً جوهرياً من عناصر الحق ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

أما أن الشرط أمر عارض فعناه أنه وصف يدخل على الحق بعد تمام هذا الحق وتكامل عناصره ، فيكون الشرط أمراً عارضاً لا يساهم في تكوين الحق ذاته ، بل يضاف إليه بعد تكوينه ، ويمكن تصور قيام الحق بدونه . فالشرط إذن ، باعتباره أمراً عارضاً ، قد يوجد وقد لا يوجد . وهو إذا وجد فالحق يصبح موصوفاً ، وإذا لم يوجد فالحق يقوم بالرغم من ذلك ، لأنه استكمل عناصره ، ويكون حقاً غير موصوف أي حقاً بسيطاً منجزاً (١) .

١٦ - التمييز بين الحق المشروط والحق الاحتمالي : ومن هنا يجيء التمييز

بين الحق المشروط (droit conditionnel) والحق الاحتمالي (droit éventuel) . فالوصف في الحق المشروط أمر عارض يلحق الحق بعد تكامل عناصره كما قلنا (٢) . أما الوصف في الحق الاحتمالي فأمر غير عارض ، ذلك أن الحق الاحتمالي هو حق ينقصه عنصر من عناصره الجوهرية ، والوصف في الحق الاحتمالي هو بالذات نقصان هذا العنصر الجوهري .

ومن الأمثلة على الحق الاحتمالي ما يأتي : (١) حق الشفيع قبل أن يعلن

(١) بلانيول وريبير وجابول ٧ فقرة ١٠٢٤ ص ٣٧١ - الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ١٧٨ وص ١٨٨ . ومع ذلك فإن هناك رأياً يذهب إلى أن كل ما يجعل وجود الالتزام أمراً مستقبلاً غير محقق فهو شرط ، ولو كان عنصراً جوهرياً في الالتزام ذاته . وإنما يراد بأن الشرط أمر عارض أن الالتزام لا يكون حقاً مطلقاً على شرط ، بل أن الأصل في الالتزام هو أن يكون غير مشروط (أنظر في هذا المعنى ألوتر Leloutre رسالة من كان سنة ١٩٠٤ ص ١٦ وما بعد ، ومقالاه في المجلة الانتقادية سنة ١٩١٢ ص ٢٣٢ - أيجو Eygout في الأثر الرجمي لتحقيق الشرط رسالة من باريس سنة ١٩٢٢ ص ١٦) . وسنرى أن هناك رأياً يذهب ، هل التقيض من ذلك ، إلى أن الحق المشروط ليس إلا نوعاً من أنواع الحق الاحتمال .

(٢) انسيكلوبيدى دالوز جان دي جارو دي لاميشني Jean de Garreau de la Méchenie لفظ condition فقرة ٢ - ديهولومب ٢٥ ص ٣٦٠ وما بعدها - يودى وبارد ٢ فقرة ٨٢٧ وما بعدها - بلانيول وريبير وهولانجيه ٢ فقرة ١٣٥٠ - كولان ٣٠ بجان ٢ فقرة ٦٤٨ - جوسران ٢ فقرة ٧٣٨ - بلانيول وريبير وجابول ٧ فقرة ١٠٢٤ ص ٣٧١ .

لإرادته في الأخذ بالشفعة، إذ الشفع قبل إعلان هذه الإرادة ليس له حق كامل ، بل مجرد حق احتمالي . ولا يصبح هذا الحق الاحتمالي حقاً كاملاً إلا إذا أُعطي الشفع إرادته في الأخذ بالشفعة ، فالحق الاحتمالي هنا قد نقصه عنصر من العناصر الجوهرية هو إعلان هذه الإرادة . ولا يعتبر هذا الإعلان شرطاً ، بل هو عنصر من عناصر الحق كما قدمنا . (٢) حق الموصى له قبل أن يموت الموصى ، وهنا أيضاً لا يكون للموصى له إلا حق احتمالي قد نقصه عنصر من العناصر الجوهرية للحق الكامل هو موت الموصى . ولا يعتبر هذا الموت شرطاً ، بل هو عنصر من عناصر الحق . (٣) الحق المترتب على حساب جار قبل أن يدفع صواب الحساب أو يقبض شيئاً ، فالحق هنا حق احتمالي ينقصه عنصر من العناصر الجوهرية للحق الكامل هو الدفع أو القبض ، ليتكون رصيد دائن أو مدين للحساب الجاري ، فيصبح الحق كاملاً لا مجرد حق احتمالي . ولا يعتبر الدفع أو القبض شرطاً ، بل هو عنصر من عناصر الحق .

وزي من ذلك أن هناك فرقين أساسيين بين الحق المشروط والحق الاحتمالي : (أولاً) يمكن تصور قيام الحق المشروط دون الشرط ، إذ الشرط أمر عارض كما قدمنا . أما الحق الاحتمالي فحق ينقصه عنصر من العناصر الجوهرية حتى يكون حقاً كاملاً كما سبق القول ، ومن ثم لا يمكن تصور هذا الحق الكامل دون هذا العنصر الجوهري .

(ثانياً) إذا تحقق الشرط في الحق المشروط ، كان لتحقيقه أثر رجعي على الوجه الذي سنتفصله فيما يلي . أما إذا استكمل الحق الاحتمالي العنصر الجوهري الذي ينقصه فأصبح حقاً كاملاً ، فانه يصبح حقاً كاملاً دون أثر رجعي . ومن ثم يوجد الحق الكامل من وقت استكمال العنصر الجوهري ، لا من وقت وجود الحق الاحتمالي (١) .

(١) بيدان ولا جارد ٨ ص ٥٢٤ هامش رقم ١ .

هذا وقد ذهب جان موريس فردييه (Jean-Maurice Verdier) في رسالته القيمة في الحقوق الاحتمالية (Les droits éventuels) (باريس سنة ١٩٥٥) إلى أن الحق المشروط ليس إلا نوعاً من أنواع الحقوق الاحتمالية ، وألا فرق في الطبيعة بين الحق المشروط والحق الاحتمال ، =

المبحث الثاني

نوع الشرط

الشرط الواقف والشرط الفاسخ

١٥ - الشرط الواقف

(Condition suspensive)

١٧ - ماهو الشرط الواقف : رأينا أن المادة ١/٢٦٥ ملقى تنص

على أن يكون الالتزام معلقاً على شرط إذا كان وجوده أو زواله مترتباً على أمر

فكلهما يتميز بأنه تعاقب حقين يتواليان في الزمان . فالحق المشروط هو ، قبل تحقق الشرط ، حق حال في أن يكون للدائن الحق المعلق على شرط . ثم إذا تحقق الشرط ينتقض هذا الحق الحال ، ويحل محله حق آخر هو نفس الحق الذي كان معلقاً على شرط ، وقد أصبح حقاً حالاً متجزئاً بعد تحقق الشرط . وكذلك الحق الاحتمال . أيضاً تعاقب حقين يتواليان في الزمان ، فبدأ حقاً حالاً في أن يكون للدائن الحق الاحتمال ، ثم إذا تحقق الحادث الاحتمال الذي يتوقف عليه وجود الحق ينتقض هذا الحق الحال ، ويحل محله حق آخر هو نفس الحق الذي كان احتمالياً ، وقد أصبح الآن حقاً حالاً متجزئاً . ومن ثم يكون في البداية ، في كل من الحق المشروط والحق الاحتمال ، حق حال وحق مستقبل : فالحق الحال هو وحده الموجود فعلاً ، أما الحق المستقبل فلا وجود له في مبدأ الأمر ، ولا يوجد إلا بتحقيق الشرط أو تحقق الحادث الاحتمال ، وبمجرد وجوده ينتقض الحق الأول .

وننقل نص ما يقول فردييه في هذا المعنى (أنظر ص ٢٤٦) :
Mais ce qui, dans les deux cas, est essentiel et en fait la véritable identité sur le plan statique, c'est l'existence de ce droit actuel distinct du droit futur qu'il prépare ; l'expression "droit éventuel" ou "droit conditionnel" concerne non ce droit présent mais la situation juridique future qui prendra naissance à la survenance de l'événement.

وليس الأثر الرجعي هو الذي يميز الحق المشروط عن الحق الاحتمال ، فكثير من الحقوق الاحتمالية له أثر رجعي ، كالوارث يستند حقه عقد قبل الميراث إلى موت المورث ، ورمز الأموال المستقبلية بأخط مرتبة من وقت الرهن لا من وقت تملك الأموال المرهونة ، ومثل الرهن لضمان دين مستقبل . وكثير من الحقوق المشروطة ليس له أثر رجعي ، كالحق في قبض الثمار وفي أعمال الإدارة وغير ذلك مما سيأتي بيانه تفصيلاً (أنظر ص ٢٤٧ من الرسالة المشار إليها) .

مستقبل غير محقق الوقوع . فإذا كان وجود الالتزام متوقفاً على الشرط ، بحيث إذا تحقق الشرط وجد الالتزام وإذا تخلف لم يوجد ، فإن الشرط يكون في هذه الحالة شرطاً واقفاً (condition suspensive) . فالشرط الواقف هو إذن الشرط الذى يتوقف على تحققه وجود الالتزام ، فإن تخلف لم يخرج الالتزام إلى الوجود . مثل ذلك أن يعلق الواهب هبته لابنه على شرط أن يتزوج ، فالزواج هنا شرط واقف ، إذا تحقق وتزوج الابن فقد وجد التزام الأب بالهبة ، وإذا تخلف للشرط ولم يتزوج الابن فإن التزام الأب باعطاء هبة لابنه لا يوجد .

١٨ - الشرط الواقف المستحيل والشرط الواقف المخالف للنظام

العام أو الآداب : وتنص الفقرة الأولى من المادة ٢٦٦ مدنى كما رأينا ، على أنه «لا يكون الالتزام قائماً إذا علق على شرط غير ممكن أو على شرط مخالف للآداب أو للنظام العام ، هذا إذا كان الشرط واقفاً ...» . وقد استعرضنا أمثلة للشرط المستحيل وللشرط المخالف للنظام العام أو الآداب ، فإذا كان الشرط في هذه الأحوال واقفاً غير فاسخ فالشرط باطل كما قدمنا . والالتزام الذى علق وجوده على الشرط يعتبر هو أيضاً غير قائم ، لأن وجوده معلق على شرط مستحيل أو غير مشروع ، فلن يتحقق هذا الشرط أو لا ينبغي أن يتحقق ، ومن ثم لا يوجد الالتزام .

- بقى ما يقال من أن الشرط أمر عارض وهو وصف فى الحق المشروط لا يلحقه إلا بعد تكامل عناصره ، بينما الحق الاحتمال يتنصه عنصر من العناصر الجوهرية حتى يكون حقاً كاملاً . فهذا الفرق ينكره أيضاً فرديه ، فننصب فى بعض الأحوال ، حل ما يقول ، التمييز بين العناصر الجوهرية والأمور العارضة ، فالحق الذى لا يتخذ إلا بالتصديق عليه (homologation) يصب القول حل التصديق عنصر جوهرى فيه فلا يكون له أثر رضى ، أو هو أمر عارض فيكون له هذا الأثر . وإذا قارنا بين حق الموعود له بالبيع والمشتري بشرط التجربة لم نجد فرقاً محسوساً بين الحق الأول وهو حق احتمال والحق الثانى وهو حق مشروط ، فكلاهما يتوقف حل رغبة المشتري فى الشراء (انظر ص ٢٥٣ و ص ٢٧٠ - ص ٢٧٣ من الرسالة المشار إليها) .

حل أن فرديه يسلّم بأن هناك فرقاً واحداً بين الشرط والحادث الاحتمال ، فالشرط يقف نشوء الحق دون أن يقف نشوء العقد الذى هو مصدر هذا الحق ، أما الحادث الاحتمال فيقف نشوء الحق ونشوء العقد معاً (انظر ص ٢٨٣ - وانظر ما ترقبه حل هذا الفرق من النتائج ص ٢٨٥ - ص ٢٨٨) .

١٩- الشرط الواقف الإرادي المقتضى - امالة : وقد رأينا أن الشرط إذا تعلق بمحض إرادة المدين ، وكان شرطاً واقفاً غير مترتب على عقد ملزم للجانبين ، فإن الالتزام لا يوجد للأسباب التي قدمناها (١) .

٢٥ - الشرط الفاسخ (Condition résolutoire)

٢٠- ماهو الشرط الفاسخ : رأينا أن الفقرة الأولى من المادة ٢٦٥ مدني تنص بأن يكون الالتزام معلقاً على شرط إذا كان وجوده أو زواله مترتباً على أمر مستقبل غير محقق الوقوع . ورأينا أن وجود الالتزام إذا كان مترتباً على الشرط ، فهذا الشرط واقف . أما إذا كان زوال الالتزام هو المتوقف على الشرط ، فهذا الشرط فاسخ . مثل الشرط الفاسخ زول الدائن عن جزء من حقه بشرط أن يدفع المدين الأقساط الباقية كل قسط في ميعاده ، فالشرط هنا شرط فاسخ ، وإذا تخلف بأن يتأخر المدين في دفع الأقساط الباقية ، اعتبر زول الدائن عن جزء من الدين كأن لم يكن (٢) . والالتزام المعلق على شرط فاسخ يوجد في الحال وينفذ ، ولكن زواله هو الذي يعلق على الشرط ، فإذا تحقق الشرط زال الالتزام واعتبر كأن لم يكن ، أما إذا تخلف الشرط فقد أصبح الالتزام باتاً (٣) . ونرى من ذلك أن الالتزام المعلق على شرط فاسخ هو

(١) انظر آنفاً فقرة ١٢ .

(٢) استئناف مخطوط ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٩٤ . ومثل أيضاً الشرط المدون في عقد البيع بأن البيع لا يكون باتاً إلا بعد دفع قسطين من الثمن ويجوز بعد ذلك للمشتري التصرف في المبيع ، فهذا الشرط شرط فاسخ يتمكن به البائع من فسخ البيع حتى بالنسبة إلى من تصرف له المشتري قبل دفع القسطين ، ولا يعتبر شرطاً واقفاً (استئناف مخطوط ٧ مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٩٤) .

(٣) وهناك ما يسمى بالشرط الفاسخ الضمني ، وهو مفروض في العقد الملزم للجانبين ، فإذا لم يتم أحد المتعاقدين بالتزامه جاز المتعاقد الآخر أن يطلب فسخ العقد ، وقد سبق تفصيل ذلك عند الكلام في فسخ العقد (الوسيط جزء أول فقرة ٤٦٢ وما بعدها) . وطبيعة الشرط الفاسخ الصريح الذي نحن بصدده تختلف كل الاختلاف عن طبيعة ما يسمى بالشرط الفاسخ الضمني ، إذا الشرط الفاسخ الضمني ليس في حقيقته شرطاً . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الحكم الابتدائي قد بنى الفسخ الذي قضى به على الشرط الضمني ، ثم جاء الحكم -

في حقيقته التزام زواله معلق على شرط واقف ، فان الشرط في الواقع من الأمر

== الاستثنائي مقاماً من ناحية حل قيام شرط فاسخ صريح ومن ناحية أخرى حل أسباب الحكم الابتدائي ، فإنه يكون متناقضاً لاختلاف حكم كل واحد من الشرطين عن حكم الآخر . (نقض مدني ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٤٥ مجموعة حمراء رقم ١٦ ص ٣٥) . ونقض أيضاً بأن شرط الفسخ الصريح وشرط الفسخ يختلفان طبيعة وحكماً . فالشرط الفاسخ الفسخي (le pacte commissaire tacite) لا يستوجب الفسخ حيناً إذا هو غامض لتقدير القاضي ، ولقاضي أن يهل المدين حتى بعد رفع دعوى الفسخ عليه ، بل المدين نفسه له أن يتفادى الفسخ بعرض دية كاملاً قبل أن يصدره عنه حكم نهائي بالفسخ . أما الشرط الفاسخ الصريح فهو لهما نفسى به المادة ٣٣٤ من القانون المدني (القديم) موجب لفسخ حيناً ، فلا يملك معه القاضي إيهال المشتري المتخلف عن أداء الثمن ، ولا يستطيع المشتري أن يتفادى الفسخ بإداء الثمن أو عرضه بعد إقامة دعوى الفسخ عليه متى كان قد سبقها التنبيه الرسمي إلى الوفاء ، بل قد يكون الفسخ الصريح موجباً لفسخ بلا حاجة إلى تنبيه إذا كانت صيغته صريحة في الدلالة على وقوع الفسخ عند تحققه بلا حاجة إلى تنبيه ولا إنذار . وعلى ذلك فإذا كانت بحكمة الدرجة الأولى قد أتممت قضاءها بفسخ العقد على أن المشتري إذ قصر في الوفاء بجزء من الثمن كان البائع محملاً في طلب الفسخ بناء على الشرط الفاسخ الفسخي المفترض في جميع العقود التبادلية ، ثم جاءت بحكمة الاستئناف فقالت أن الفسخ كان مطلقاً عليه جزاء لتخلف من أداء الثمن وإذا قد ثبت لها تخلف المشتري فهي تقرر حق البائع في الفسخ زوالاً على حكم الشرط الفاسخ الصريح مما ينص المادة ٣٣٤ مدني (قديم) ، ثم لم تلبث أن قالت في آخر حكمها أنها تؤيد الحكم المستأنف لأسبابه وتأخذ منه أسباباً لحكمها ، فحكمها هذا يكون قد أقيم على أمرين واقعيتين متباينين لا يمكن أن يقوم حكم عليهما مجتمعين لاختلاف شرط الفسخ الصريح والفسخ الفسخي طبيعة وحكماً ، وهذا تمارض في أسباب الحكم يبيح ويستوجب نقضه (نقض مدني ٢ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة حمراء رقم ٦٨ ص ١٥٥) ونقض أيضاً بأن القانون لم يشترط ألفاظاً معينة لشرط الفاسخ الصريح في معنى المادة ٣٣٤ من القانون المدني (القديم) . وعلى ذلك فإذا ما أثبت الحكم أن طرق عقد البيع قد اتفقا في العقد على أن يودع العقد لدى أمين حتى يوفى المشتري الثمن في الميعاد المتفق عليه ، ونصاً على أنه عند إخلال المشتري بشروط العقد يصرح الطرفان للودع لديه بإعدام هذا العقد ، ثم قرر الحكم أن المستفاد من ذلك أن نية المتعاقدين اتجهت عند تحرير هذا العقد إلى الشرط الفاسخ الصريح أي اعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه عند الإخلال بشروطه ، فإنه لا يكون قد نسخ مدلول نص العقد لأن عبارته تحمل ما استخلصه الحكم منها (نقض مدني ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة حمراء رقم ٣٥٦ ص ٦٨٨) . انظر أيضاً : نقض مدني ١٨ يناير سنة ١٩٤٥ مجموعة حمراء رقم ١٩٢ ص ٥٤٠ - ٤ ديسمبر سنة ١٩٤٧ مجموعة حمراء رقم ٢٢٧ ص ٤٩٨ .

ونقض أخيراً بحكمة النقض بأنه في حالة الشرط الفسخ الصريح قد ينزل صاحب المصلحة عن التمسك بوقوع الفسخ من تلقاء نفسه وذلك بإنذاره للمدين ، فلا يقع الفسخ من تلقاء نفسه بل يلزم لوقوعه أن يصدر به حكم والمدين أن يتقيه بتنفيذ التزامه (نقض مدني ٣١ مايو سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٤٥ ص ٩٢٢) .

واقف في جميع الأحوال : يقف وجود الالتزام أو يقف زواله ، ففي الحالة الأولى يسمى شرطاً واقفاً ، وفي الحالة الثانية يسمى شرطاً فاسخاً (١) .

وقد تدق في بعض الأحوال معرفة ما إذا كان الشرط واقفاً أو فاسخاً ، كما في البيع المعلق على شرط موافقة الغير على البضاعة المبيعة ، فهل الشرط هنا واقف ولا يتم البيع إلا إذا وافق الغير على البضاعة ، أو هو شرط فاسخ وينفذ البيع في الحال على أن يفسخ إذا لم يوافق الغير على البضاعة ؟ يرجع الأمر في ذلك إلى تبين إرادة الطرفين ، ويستخلص قاضي الموضوع هذه الإرادة من الظروف والملازمات ، فان تبين أن نية الطرفين قد انصرفت إلى أن يكون الشرط واقفاً أو إلى أن يكون فاسخاً التزم هذه النية وحكم على مقتضاها (٢) .

ويلاحظ أن كل شرط فاسخ يتضمن وجود شرط واقف ، سواء كان ذلك في الالتزام أو في الحق العيني . فن التزم بهبة على أن تفسخ إذا رزق ولداً ، كان مديناً بالهبة تحت شرط فاسخ ، فينفذ التزامه فوراً ويعطى الموهوب له الهبة ، وكذلك الموهوب له يصبح مديناً تحت شرط واقف هو نفس الشرط الفاسخ بالنسبة إلى الواهب . فاذا رزق الواهب ولداً فتحقق الشرط ، فان تحققه كشرط فاسخ يزيل التزام الواهب بالهبة فيسردها من الموهوب له ، وتحققه كشرط واقف يوجد التزام الموهوب له برد الهبة إلى الواهب فيردها إليه . وكذلك الحكم في الحق العيني كحق الملكية إذا علق على شرط فاسخ ، فان الشيء الواحد يصبح له مالكان ، أحدهما مالك تحت شرط فاسخ والآخر مالك تحت شرط واقف ، والشرط الفاسخ بالنسبة إلى الأول هو نفس الشرط الواقف بالنسبة إلى الثاني ، فاذا ما تحقق هذا الشرط فقد انفسخت ملكية الأول وقامت ملكية

(١) ويقول اهرنج (Ihering) أن الشروط الواقف وحده هو الذي عرفه القانون الروماني أولاً ، ثم أتى الشرط الفاسخ بعد الشرط الواقف وعمل غراره ، فهو شرط واقف يعلق على تحققه زوال الالتزام (اهرنج و روح القانون الروماني ٤ ص ١٦٤) .

(٢) ديرانتون ١٥ فقرة ٤٤ - أوبري ورو ٤٠ فقرة ٣٠٢ ص ٨٨ .
هذا وقد قضت محكمة النقض بأن انشترط القاضي بأن من يرسو عليه المزا في أطيان موقوفة تباع بقصد الاستبدال لا يستحق الربح إلا إذا وافقت المحكمة الشرعية على الاستبدال بعد مشتراً بشرط واقف لا بشرط فاسخ ، لأن أجازة الاستبدال من المحكمة إنما هي شرط واقف لا فاسخ (نقض مدني ٩ مايو سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ وتم ٥٩ ص ٢٠٤) .

الثاني ، أما إذا تخلف الشرط فقد سقطت ملكية الثاني وأصبحت ملكية الأول ملكية بائنة (١) .

٢١ - الشرط الفاسخ المستحيل والشرط المخالف للنظام العام

أو المآل : رأينا أن المادة ٢٦٦ مدني تنص على أنه : ١٥ - لا يكون الالتزام قائماً إذا علق على شرط غير ممكن أو على شرط مخالف للآداب أو النظام العام ، هذا إذا كان الشرط واقعاً . أما إذا كان فاسخاً فهو نفسه الذي يعتبر غير قائم . ٢ - ومع ذلك لا يقوم الالتزام الذي علق على شرط فاسخ مخالف للآداب أو النظام العام إذا كان هذا الشرط هو السبب الدافع للالتزام .

ويتبين من هذا النص أن الشرط الفاسخ إذا كان مستحيلاً أو مخالفاً للنظام العام أو للآداب ، كان باطلاً كما قدمنا . ولما كان الالتزام المعلق على شرط فاسخ التزاماً نافذاً فوراً وزواله هو المعلق على الشرط الفاسخ ، ولما كان هذا الشرط الفاسخ معتبراً كأنه لم يكن لبطالته ، فهو إذن لن يتحقق . ويتربى على ذلك أن الالتزام المعلق على شرط فاسخ مستحيل أو مخالف للنظام العام أو الآداب يكون التزاماً بائناً غير معلق على شرط ما (٢) ، وليس التزاماً مهدداً بالزوال كما هو شأن الالتزام المعلق على شرط فاسخ صحيح .

على أن الشرط الفاسخ المخالف للنظام العام أو الآداب قد يكون هو السبب الدافع إلى الالتزام (٣) ، فإذا التزم شخص بترتيب إيراد مدى الحياة لامرأة

(١) لاروميير ٣ ١١٨٣ فقرة ١٦ - ديمولومب ٢٥ فقرة ٢٨١ - هيك ٧ فقرة ٢٤٤ ص ٣٢٦ - بودري وبارد ٢ فقرة ٧٧٥ - بيدان ولا جاود ٨ فقرة ٧٢٥ ص ٣٧٠ ورفرة ٧٥٤ - قارن ديرانتون ١١ فقرة ٩١ - أوبري ورو ٤ فقرة ٣٠٢ ص ٨٩ وهامش رقم ٤ - بلانويول وريبير وجايول ٧ فقرة ١٠٢٥ ص ٣٧٢ .

(٢) استئناف أهل ٩ يناير سنة ١٨٩٣ الحقوق ص ٣٨٥ .

(٣) يتبين من نص الفقرة الأولى من المادة ٢٦٦ مدني أن الشرط الفاسخ إذا كان مستحيلاً فإنه يعتبر غير قائم ، ويبقى الالتزام بائناً غير معلق على شرط . ولم تستثن الفقرة الثانية من المادة ٢٦٦ إلا الشرط الفاسخ المخالف للنظام العام أو الآداب إذا كان هو السبب الدافع إلى الالتزام ، فيسقط الشرط والالتزام معاً . يبقى إذن الشرط المستحيل إذا كان هو السبب الدافع إلى الالتزام ، والظاهر أن الاستثناء الوارد في الفقرة الثانية من المادة ٢٦٦ لا يشمل ، ومن ثم يبقى خاصاً -

على أن تعاشره معاشره غير شرعية ، وعلى أن يتفسخ التزامه إذا هي انقطعت عن معاشرته ، كان الشرط الفاسخ هنا باطلا لمخالفته للأداب ، واعتبر غير قائم . وكانت القاعدة العامة تقتضي أن يبقى الالتزام بترتيب الإيراد قائماً ، بعد سقوط الشرط . ولكن لما كان هذا الشرط في الفرض الذي نحن بصدده هو السبب الذي دفع المدين إلى أن يلتزم بترتيب الإيراد ، فإن سقوط الشرط يسقط الالتزام معه ، كما تقتضي بذلك الفقرة الثانية من المادة ٢٦٦ مدني على ما رأينا . فيسقط ، في وقت معاً ، شرط المعاشره غير المشروعة والالتزام بترتيب الإيراد (١)

٢- لفقرة الأولى من المادة ٢٦٦ . وفيه من ذلك أن الشرط المستحيل يسقط ويبقى الالتزام قائماً غير ملق على شرط ، حتى لو كان الشرط المستحيل هو الدافع إلى التعاقد . وقد اشتمل التقنين المدني الفرنسي على نصين في هذا الموضوع ، فقضت المادة ١١٧٢ من هذا التقنين بطلان العقد المقترون بشرط مستحيل أو يخالف لنظام العام أو الآداب ، وقضت المادة ٩٠٠ من نفس التقنين بصحة التبرعات المقرنة بشرط مستحيل أو يخالف لنظام العام أو الآداب مع سقوط الشرط وحده . فخفف القضاء الفرنسي من شدة النص الأول إذ قضى بأن الشرط إذا لم يكن هو الدافع إلى التعاقد فإنه وحده هو الذي يسقط ويبقى العقد ، وشدد من تراخي النص الثاني إذ قضى بسقوط التبرع ذاته إذا كان الشرط هو السبب الدافع إليه . فخلص من مجموع ما ذهب إليه القضاء الفرنسي المبدأ الآتي : متى كان الشرط المستحيل أو المخالف لنظام العام أو الآداب هو الدافع إلى التعاقد - في كل من المعاوضات والتبرعات - فإن الشرط والعقد يسقطان معاً . إما إذا كان الشرط ليس هو الدافع إلى التعاقد فإنه وحده هو الذي يسقط ويبقى العقد . وهذا المبدأ المستخلص من القضاء الفرنسي هو الذي قننته المادة ١١١ من المشروع الفرنسي الإيطالي فيما يتعلق بالشرط الفاسخ مع قصر الاستثناء الخاص بالسبب الدافع على الشرط المخالف لنظام العام أو الآداب دون الشرط المستحيل (أنظر في هذا المعنى كولان وكابيتان ٢ فقرة ٥١ رص ٤٤٣ - ص ٤٤٤ وص ٤٤٣ هاش رقم ٢ - بلانيرك وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٣٥٦ - جرسران ٢ فقرة ٧٣٩) . وقد نقل التقنين المصري الجديد هذا المبدأ من المادة ١١١ من المشروع الفرنسي الإيطالي (أنظر المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٩) . (١) وفي فرنسا تثار المسألة بنوع خاص في شرط الدفع بالذهب أو بعملة أجنبية (أنظر مقال فواران (Varrin) في المجلة الانتقادية سنة ١٩٢٦ : ص ٣٣٧ - كابيتان في دالوز الأسبوعي سنة ١٩٢٧) .

ويلاحظ الأستاذ اسماعيل غانم (أحكام الالتزام ص ٢٥٦ - ص ٢٥٧) أن الشرط الفاسخ لا يمكن إلا أن يكون هو السبب الدافع إلى التعاقد ما دام قد حقق على تحققه فسخ العقد ذاته ، فلا تحقق إذن الصورة التي يكون فيها الشرط الفاسخ ليس هو السبب الدافع إلى التعاقد . حل أنه كثيراً ما يحتل في العمل الشرط الفاسخ بشروط العقد المادية ، كما إذا باع شخص سلعة بشرط يتقاضى أمين ذهباً ، فمن الممكن أن يكون الشرط هنا شرطاً فاسخاً وأن يكون هو السبب الدافع إلى التعاقد ، فيجبر في هذه الحالة حكم النص .

٢٢ - الشرط الفاسخ الإرادى المحض - امالة : وقد قدمنا أن الشرط الإرادى المحض من جانب المدين يجعل الالتزام غير موجود إذا كان شرطاً واقعاً . ورأينا كذلك أن هذا الشرط الإرادى المحض من جانب المدين إذا كان شرطاً فاسخاً فإنه لا يسقط الالتزام ، بل يبقى . الالتزام قائماً معلقاً على هذا الشرط الإرادى ، ومن ثم ينفذ فوراً ، ويكون للمدين الخيار بعد ذلك في الإبقاء عليه إن شاء أو في إسقاطه فيزول .

المبحث الثالث

مصدر الشرط

وأى الحقوق يلحقها وصف الشرط

١٩ - مصدر الشرط

٢٣ - مصدر الشرط هو الإرادة أو التصرف القانونى : بعد أن عرفنا ما هو الشرط وما هى مقوماته وأنواعه ، بقى أن نبحث ما هى المصادر التى ينشأ عنها .

وقد رأينا فى الأمثلة المتقدمة أن الشرط مصدره الإرادة ، فالملتزم هو الذى يتفق مع الملتزم له أن يكون الالتزام معلقاً على شرط واقف أو على شرط فاسخ . بل إن الشرط يكون مصدره إرادة الملتزم وحدها إذا كان الالتزام نفسه هو وليد هذه الإرادة ، فالملتزم بإرادته المفردة كما يملك أن يلتزم التزاماً منجزاً خالياً من أى شرط ، يملك كذلك أن يعلق التزامه على شرط ، واقعاً كان الشرط أو فاسخاً .

وقد تكون الإرادة مصدر الشرط إرادة صريحة أو إرادة ضمنية (١) .

(١) ومن الأمثلة على الإرادة الضمنية ما يأتى: (١) الاكتتاب فى أسهم شركة تحت التأسيس مفروض فيه أن كل مكتب إنما يكتب فى أسهمه بشرط أن تم تغطية الأسهم، إذ الشركة لا يتم تأسيسها إلا بهذه التغطية (بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٧٣٣ ص ٥٢٤) . (ب) إذا أصدرت = (٢٢ - الوسيط)

والشرط المتولد من إرادة ضمنية هنا هو غير الشرط الفاسخ الضمني المفترض في العقود الملزمة للجانبين ، كما سبق القول (١) .

ولما كان الشرط مصدره في العادة هو الإرادة ، فقد دفع ذلك كثيراً من الفقهاء إلى القول بأن الشرط إنما هو وصف في الإرادة لا في الالتزام ، فيجب إلحاقه بنظرية التصرف القانوني لا بنظرية الالتزام في ذاته ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

٢٤ - هل يكون الشرط مصدراً للقانون : على أن هناك أوضاعاً

قانونية يذهب بعض الفقهاء إلى أنها معلقة على شرط مصدره القانون . ويسوقون من الأمثلة على ذلك الوصية ، فهي كما يقولون تصرف قانوني معلق بحكم القانون ذاته على شرط واقف هو أن يعيش الموصى له بعد موت الموصى . ويقولون كذلك أن حق الورثة في الميراث معلق على شرط واقف هو أن يموت المورث قبلهم . كذلك حق الشفع في المشفوع فيه يقولون إنه أيضاً معلق على شرط واقف هو إعلان الشفع إرادته في الأخذ بالشفعة .

على أن الشرط الذي يفرضه القانون في الأمثلة المتقدمة وأمثالها ليس شرطاً بمعناه الصحيح . فقد قدمنا أن الشرط أمر عارض ، لا يلحق الحق إلا بعد تكامل عناصره ، فيضاف إليه ، ويمكن تصور الحق بدون . أما في الأمثلة التي قدمناها ، فالشرط عنصر من عناصر الحق ذاته ، ولا يتصور قيام الحق بدون . وإنما هو

== بلدية سندت وطرحتها في السوق للاكتتاب ، وصرحت بأن الفرض من هذا القرض هو انجاز مشروع معين ، فإن الاكتتاب يعتبر في هذه الحالة عملية جمعية (acte collectif) ، وكل اكتتاب يكون مشروطاً بتغطية جميع السندات (بيدان ولا جارد ٨ فقرة ٧٣٣ - بيك في الشركات ٣ فقرة ١٦٢٦) . (ج) عندما يرسل تاجر أوراقاً مالية (شيكات أو كيالات) لمصرفه لأضعافها إلى حسابه الجاري ، فإن الأضافة تكون مشروطة بقبض قيمة الأوراق المالية (بيدان ولا جارد ٨ فقرة ٧٣٣ ص ٥٣٥) . (د) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه يعتبر شرطاً ضمناً موافقة جميع الدائنين على صلح ودي مع المدين ، إذ أن الصلح الودي لا يتم إلا بموافقة جميع الدائنين (٢٧ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ١٤٢) .

(١) انظر آنفاً فقرة ١٢ .

وضع معين يقرره القانون ، ويرتب عليه نتائج معينة، وليس له أثر رجعي (١) .
فالشرط إذن ليس له مصدر إلا الإرادة (٢) . ولكنه وصف يلحق الحق نفسه لا الإرادة التي هي مصدره ، ومن ثم يكون جزءاً من نظرية الالتزام في ذاته لا من نظرية التصرف القانوني (٣) .

(١) انظر في هذا المعنى أوبري ورو ٤٠٠ فقرة ٣٠٢ ص ٨٨ — بودرى وبارد ٢ فقرة ٧٤٥ — فقرة ٧٤٦ — ويميز إهرنج بين الوصية والحق المعلق على شرط (انظر روح القانون الروماني ٤ ص ١٦٨ — ١٧٠) .

(٢) انظر في هذا المعنى الأستاذ عبد الحى حجازي ١ ص ١٧٨ و ١٧٩ هامش رقم ١ الأستاذ اسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٧٦ ص ٢٤٩ . وجاء في الموجز للمؤلف : « هذا ويلاحظ أن تعليق الالتزام على الشرط يجب أن يكون وليد إرادة الطرفين ، أما إذا كان القانون هو الذى علق الحكم على استيفاء شرط ، كما إذا جعل الوصية متوقفة على وفاة الموصى وكما إذا اشترط الحاجة لاستحقاق النفقة ، فلا يكون الالتزام في مثل هذه الحالة شرطياً » .
على أن هناك حالات تقوم فيها شبهة قوية في أن مصدر الشرط هو القانون . من ذلك ما نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة ٨٧٤ مدني من أنه « إذا زرع مصرى أرضاً غير مزروعة أو غرسها أو بنى عليها ، تملك في الحال الجزء المزروع أو المفروس أو المبني ولو بغير ترخيص من الدولة . ولكنه يفقد ملكيته بعدم الاستعمال مدة خمس سنوات متتابعة خلال الخمس عشرة السنة التالية للتملك » . فهل يمكن القول أن الملكية هنا معلقة على شرط فاسخ — مصدره القانون — هو عدم الاستعمال مدة خمس سنوات متتابعة خلال الخمس عشرة السنة التالية للتملك ؟ (انظر في هذا المعنى في عهد التقنين المدنى السابق : استئناف مختلط ٢٦ يناير سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٨١) .
ومن ذلك أيضاً ما قضت به المادة ٥٠١ . (حرف ج) من جواز فسخ الهبة إذا رزق الواهب بعد الهبة ولدا يظل حياً إلى وقت الفسخ (انظر أيضاً في هذا المعنى المادة ٩٦٠ وما بعدها من التقنين المدنى الفرنسى) .

ويذهب بلانيول وريبير وبولانجييه (٢ فقرة ١٣٤٩) وييدان ولاجار (٨ فقرة ٧٣٣) إلى أن الشرط في مثل هذه الحالات مصدره القانون فعلاً . ولكن قارن بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٢٤ ص ٣٧١ — ص ٣٧٢ . وفي رأينا أن « الشرط » في هذه الحالات ليس إلا وضماً خاصاً قرره القانون ، ورتب عليه نتائجه . وسواء تحقق هذا الوضع أو تخلف ، فليس له — كما للشرط بالمعنى الصحيح — أثر رجعي .

(٣) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى: «يراعى أن التعليق يرد على الالتزام ذاته دون المقد أو التصرف القانونى بوجه عام . . . ولهذا كان هج المذهب اللاتينى أدنى إلى التوفيق في هذا الصدد من منحنى المذهب الجرمانى . ذلك أن الأول يفرد لأحكام الشرط مكاناً و نطاق النظرية العامة للالتزام ، في حين أن الثانى يلحق هذه الأحكام بنظرية التصرف القانونى » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٧) .

٥ ٢ - الحقوق التي يلحقها وصف الشرط

٢٥ - يلحق الشرط الحقوق الشخصية والحقوق العينية على السواء :

والشرط وصف يلحق محل الحقوق ، سواء كانت هذه الحقوق شخصية أو عينية . فيلحق الشرط الالتزام أى الحق الشخصى . ويلحق كذلك الحق العينى ، فيكون هذا الحق معلقاً على شرط واقف أو على شرط فاسخ ، ويكون للشرط في هذه الحالة كل خصائص الشرط الذى يلحق الحق الشخصى .

٢٦ - الحقوق التي لا يلحقها وصف الشرط على أن الحقوق التي

يلحقها وصف الشرط هي الحقوق المالية . أما الحقوق المتعلقة بالأحوال الشخصية فهي غالباً لا تقبل التعليق على الشرط . فالزواج وما ينشأ عنه من حقوق الزوجية وواجباتها لا تقبل التعليق على الشرط . والحجر والإذن بالتجارة للصبي المميز والنسب ، كل هذه تنشئ حقوقاً وحالات قانونية لا يرد عليها الشرط وصفاً (١) .

الفرع الثانى

ما يترتب على الشرط من الآثار

٢٧ - التمييز بين مرحلتين : حتى نتبين بوضوح ما يترتب على الشرط

من الآثار يجب أن نميز بين مرحلتين : (١) مرحلة التعليق ، وهى المرحلة التي يكون فيها الشرط قائماً لا يعلم هل يتحقق أو يتخلف ، ولذلك يكون الالتزام فيها معلقاً ، ومن ثم سميناه هذه المرحلة بمرحلة التعليق . (٢) مرحلة ما بعد التعليق ، وهى المرحلة التي يتبين فيها مآل الشرط هل يتحقق أو يتخلف ، ولتحققه آثار تختلف عن آثار تخلفه في كل من الشرط الواقف والشرط الفاسخ .

(١) أوبرى وردو ٤ فقرة ٣٠٢ ص ٩١-٩٢ - انظر أيضاً إهرنج في روح

القانون الرومانى ٤ ص ١٦٥ .

المبحث الأول

أثر الشرط في مرحلة التعليق

١٥ - الشرط الواقف

٢٨ - النصوص القانونية : تنص المادة ٢٦٨ من التقنين المدني

على ما يأتي :

« إذا كان الالتزام معلقاً على شرط واقف ، فلا يكون نافذاً إلا إذا تحقق الشرط . أما قبل تحقق الشرط ، فلا يكون الالتزام قابلاً للتنفيذ القهري ولا للتنفيذ الاختياري ، على أنه يجوز للدائن أن يتخذ من الإجراءات ما يحافظ به على حقه » (١) .

وحكم هذا النص فيما يتعلق بمرحلة التعليق كان معمولاً به في عهد التقنين المدني السابق دون أن يشمل هذا التقنين على نص في ذلك .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٢٦٨ ، وفي التقنين المدني الليبي المادة ٢٥٥ ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ٢٨٨ ، وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المواد ٩٣ إلى ٩٥ (٢) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٣٨٩ من المشروع التمهيلي على وجه يكاد

يكون مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وفي لجنة المراجعة حور النص تحويراً لفظياً طفيفاً جعل المطابقة تامة ، وأصبح المادة ٢٨٠ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم المادة ٢٦٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٤ - ص ١٦) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٢٦٨ (مطابقة المادة ٢٦٨ مصري) .

التقنين المدني الليبي م ٢٥٥ (مطابقة المادة ٢٦٨ مصري) .

التقنين المدني العراقي م ٢٨٨ : العقد المعلق على شرط واقف لا ينفذ إلا إذا تحقق الشرط .

(ويلاحظ أن التقنين المدني العراقي لم يبين في نصوصه كيف أن الحق المعلق على شرط واقف =

٢٩ - مراتب الحق من حيث الوجود والنفاذ : ويتبين من النص المتقدم الذكر أن الالتزام المعلق على شرط واقف ، وهو في مرحلة التعليق ، لا يكون نافذاً ، بل هو لا يكون موجوداً وجوداً كاملاً (١) . ويمكن القول إن الحق ، من حيث الوجود والنفاذ ، يتلرج بين مراتب سبع : (١) مرتبة الحق المعلوم ، وهو ما لا وجود له ولا يحتمل وجوده . (٢) مرتبة الحق الاحتمالي ، وهو ما لا وجود له ولا يحتمل وجوده ، فهو معلوم على خطر الوجود . (٣) مرتبة الحق المعلق على شرط واقف ، وهو حق موجود فعلاً ولكنه غير كامل الوجود . (٤) مرتبة الحق المؤجل ، وهو حق موجود وجوداً

= لا يقبل التنفيذ إطلاقاً وإن كان يجوز اتخاذ الإجراءات التحفظية بموجبه ، كما يبين ذلك التفتين المدنى المصرى . ولكن لما كانت هذه الأحكام يمكن استخلاصها من تطبيق القواعد العامة ، إذ الحق غير النافذ حق موجود ، فإنه يمكن القول بتطبيق هذه الأحكام فى القانون المدنى المراق : (انظر الأستاذ حسن الفنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى المراق فقرة ١٣٤ ، ومع ذلك قارن فقرة ١٣٧) .

تفتين الموجبات والمعقود البنائى م ٩٣ : إن الموجب المعقود على شرط التعليق لا يقبل التنفيذ الإجبارى ولا التنفيذ الاختيارى ولا يمر عليه الزمان ما دام الشرط مطلقاً . على أن الدائن يمكنه أن يقوم بأعمال احتياطية ، أعصها قيد الرهن المؤمن دينه عند الاقتضاء وطلب تطبيق الخط ووضع الأعتام وإنشاء المحاضر والجداول .

م ٩٤ : إن الموجب الذى عقد على شرط التعليق وما زال الشرط فيه مطلقاً يمكن التفرغ منه بوجه خاص أو بوجه عام .

م ٩٥ : إن الموجب عليه تحت شرط التعليق لا يمكنه قبل تحقق هذا الشرط أن يقوم بأى عمل من شأنه أن يمنع استعمال حقوق الدائن أو يزيده صعوبة فى حالة تحقق الشرط . وبعد أن يتحقق شرط التعليق تكون الأعمال التى أجراها الموجب عليه فى خلال ذلك ملغاة على قدر ما يكون فيها من الإضرار بالدائن ، ما عدا الحقوق المكتسبة شرعاً لشخص ثالث حسن النية . (ويلاحظ أن التفتين البنائى أكثر إيراداً التفصيلات من التفتين المصرى ، ولكن جميع التفصيلات الواردة فى التفتين البنائى يمكن الأخذ بها فى القانون المصرى تطبيقاً لقواعد العامة ، ودون حاجة إلى تفصيص خاصة فى ذلك) .

(١) انظر فى هذا المعنى بيجان ولاجارد ٨ فقرة ٧٣٨ . وقد كان القانون الرومانى يعتبر فى بعض نصوصه (Institutes) الحق تحت شرط واقف مجرد أمل وليس حقاً ، وإن اعتبره حقاً لا مجرد أمل فى نصوص أخرى (Digeste) : انظر بودوى وبارد ٢ فقرة ٨٢٧ . أما تقاليد القانون الفرنسى القديم فكانت فى المعنى الأول ، وكان يوتيه يذهب إلى أن الحق المعلق على شرط واقف ليس بحق وإنما هو مجرد أمل (يوتيه فى الالتزامات فقرة ٢١٨ وفقرة ٢٢٢) .

كاملا ولكنه غير نافذ . (٥) مرتبة الحق المعلق على شرط فاسخ ، وهو حق موجود وجوداً كاملاً وهو في الوقت ذاته حق نافذ ، ولكنه موجود على خطر الزوال . (٦) مرتبة الحق المترن بأجل فاسخ ، وهو حق موجود وجوداً كاملاً وهو نافذ إلى أجل ثم ينقضي بانقضاء هذا الأجل . (٧) مرتبة الحق المنجز ، وهو حق موجود وجوداً كاملاً وهو نافذ إلى غير أجل .

وبخلص من ذلك أن الحق المعلق على شرط واقف هو : (١) حق موجود (١) (٢) ولكن وجوده غير كامل .

(١) ويقول إهرنج إن الحق المعلق على شرط واقف هو حق موجود وجود الجنين في بطن أمه . فالحق كالإنسان يتدرج نطفة ، ثم علقة ، إلى أن يكمل خلقاً سوياً . والحق المعلق على شرط واقف يبدأ جثيناً وقت تعلق الشرط ، إلى أن يولد حياً عند تحققه ، أو ميتاً عند تخلفه (روح القانون الروماني ٤ ص ١٦٦ — ص ١٦٧) . ثم يقول (ص ١٧٤) إن الحق ينشأ فوراً من مصدره ، ولا يمكن أن يتخلل أي فراغ بين وجود المصدر ونشوء الحق ، فحق وجد الاتفاق المعلق على شرط واقف فقد وجد الحق المعلق على هذا الشرط ، لا يفصل بينهما أية فترة من الزمن مهما قصرت ، كما لا يفصل بين الميلاد وديب الحياة في المولود أية فترة من الزمن .

ويذهب شوس (Chaussee) في مقاله في المجلة الانتقادية (سنة ١٩٠٠ ص ٥٤٠ — ص ٥٤١) إلى أن الرومان كانوا يميزون بين العناصر الذاتية (éléments subjectifs) الحق وعناصره الموضوعية (éléments objectifs) . فالعناصر الذاتية للحق المعلق على شرط واقف يجب توافرها وقت الاتفاق على هذا الحق ، فيوجد في هذا الوقت طرفا الحق ، وتتوافر فيها الأهلية اللازمة ، ويجوز أن ينتقل الحق إلى غير صاحبه ولو قبل تحقق الشرط . أما العناصر الموضوعية فيجب توافرها عند تحقق الشرط ، ففي هذا الوقت يتحدد محل الحق ، ويصح أن يكون هذا المحل غير موجود وقت الاتفاق ما دام أنه سيوجد وقت تحقق الشرط .

ولكن بلانيول وريبير وبولانجيه يذهبون إلى أن الحق تحت شرط واقف ليس إلا مجرد أمل ، وأن كانوا يقولون إن الدائن تحت شرط واقف يملك شيئاً ، يجب الاحتداد به ، هو الأمل في أن يكون يوماً ما دائناً ، وهو أمل يحميه القانون وينظمه (بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٣٥٨ وانظر أيضاً الجزء الأول فقرة ٣٢٥) . وما دام القانون يحمي هذا الأمل ، وينظمه ، فهو إذن حق موجود وإن كان غير كامل الوجود . وهذا هو الذي يميز بين الحق تحت شرط واقف وهو حق موجود كما قدمنا ، والحق الاحتمال وهو لا يزيد على مجرد أمل .

أنظر في المعنى الذي نقول به كولان وكابيتان ٢ فقرة ٦٥٣ — جوسران ٢ فقرة ٧٤٠ — الأستاذ إسحاق غاتم في أحكام الالتزام فقرة ٢٥٨ . وقارن الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ١٨٢ .

٣٠ - الحق المعلق على شرط واقف من موهوب : وآية وجوده تظهر فيما يأتي :

- (١) ينتقل هذا الحق من صاحبه إلى الغير بالميراث وغيره من أسباب انتقال الحقوق . فالحق المعلق على شرط واقف يورث ، ويجوز لصاحبه أن يوصي به ، وأن يتصرف فيه بالبيع والهبة والرهن وغير ذلك من أنواع التصرف ، بل يجوز لصاحب هذا الحق أن ينزل عنه بارادته المنفردة فيزول . وتنص المادة ٩٤ من تقنين الموجبات والعقود البنائي على « أن الموجب الذي عقد على شرط التعليق وما زال الشرط فيه معلقاً يمكن التفرغ عنه بوجه خاص أو بوجه عام » ، أى يمكن أن ينتقل بسبب خاص كالوصية والبيع والهبة ، أو بسبب عام كالمراث .
- (٢) يجوز لصاحب الحق على شرط واقف أن يجرى الأعمال الماددة اللازمة لصيانتها من التلف . ولا يجوز للمدين تحت شرط واقف أن يقوم بأى عمل من شأنه أن يمنع الدائن من استعمال حقه عند تحقق الشرط ، أو يزيد هذا الاستعمال صعوبة . وكل تصرف من جانب المدين يضر بحقوق الدائن عند تحقق الشرط لا يعتد به ، وذلك فيما عدا الحقوق التى كسبها الغير بحسن نية (م ٩٥ لبناني) (١) .
- (٣) يجوز لصاحب الحق المعلق على شرط واقف أن يقوم بالأعمال التحفظية اللازمة للمحافظة على حقه ، كوضع الأختام وتحرير قوائم الجرد وقيد الرهون الرسمية وتجديد القيد والتدخل فى القسمة ورفع دعاوى تحقيق الخطوط ووضع الحراسة على الأعيان (٢) . بل يجوز له أن يستعمل الدعوى غير المباشرة ودعوى الصورية ، وقد سبق بيان ذلك عند الكلام فى هاتين الدعويتين (٣) .

-
- (١) بيدان ولا جارد ٨ فقرة ٧٤٠ ص ٥٤٠ .
 - (٢) انظر المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٥ - وانظر أيضاً الفقرة الثانية من المادة ٩٣ من تقنين الموجبات والعقود البنائي .
 - (٣) ويجوز للدائن تحت شرط واقف أن يأخذ بحقه كفيلاً أو رهناً أو أى ضمان آخر (الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ١٨٢) . ومن الأعمال التحفظية التى يستطيع المالك تحت شرط واقف أن يقوم بها قطع التقادم ضد حائز العين . ذلك أن التقادم فى هذه الحالة يسرى ضد المالك تحت شرط فاسخ ، ولكنه قد يتم قبل تحقق الشرط الواقف ، فإذا ما تحقق هذا الشرط ولم يستطع صاحبه قطع التقادم ، فإنه لا يتمكن من نزع العين من حائزها بعد أن أصبح هذا مالاً لها =

(٤) يجوز لصاحب الحق المعلق على شرط واقف أن يدخل في التوزيع ، ويطلب أن يختص بمبلغ يقابل قيمة حقه مع حفظ هذا المبلغ في خزانة المحكمة وتعليق قبضه إياه على تحقق الشرط (١). ويجوز أن يوزع المبلغ على الدائنين التاليين بشرط أن يقدموا كفالة تضمن رده في حالة تحقق الشرط (٢). ولكن لا يجوز لصاحب الحق المعلق على شرط واقف حجز ما لمدينه لدى الغير ولا أن يقوم بأى حجز تحفظى آخر . لأن حقه غير حال الأداء ولا يحقق الوجود (م ٥٤٣ وم ٦٠٤ مرافعات) ، ولكن إذا حجز دائن آخر على ما للمدين لدى الغير كان للدائن تحت شرط واقف أن يدخل في التوزيع على النحو الذى سبق ذكره (٢).

٣١ - الحق المعلق على شرط واقف ومجوده غير كامل : ولكن الحق

المعلق على شرط واقف إذا كان موجوداً ، فان وجوده ناقص لم يتكامل ، ولا يتكامل إلا إذا تحقق الشرط . ومن ثم يفقد هذا الحق الناقص ، في مرحلة التعليق ، مزايا الحق الكامل من وجوه عدة ، نذكر من بينها :

(١) لا يكون الحق المعلق على شرط واقف قابلاً للتنفيذ القهرى وهو في حالة التعليق . فلا يستطيع الدائن تحت شرط واقف أن يقتضى جبراً من المدين الدين المعلق على هذا الشرط . بل لا يجوز للدائن تحت شرط واقف أن يستعمل الدعوى البولصية وهى توطئة وتمهيد مباشر للتنفيذ القهرى ، فقد قدمنا أن حق الدائن

== بالتقادم . ومن ثم جاز للمالك شرط واقف أن يقطع التقادم قبل أن يتم توقيماً لهذا الضرر (أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٢ ص ١٠٥) .

ولكن لا يعتبر عملاً تحفظياً تطهير المقار المرهون ، فلا يجوز للمالك تحت شرط واقف لمقار مرهون أن يطهره ، ويجوز ذلك للمالك تحت شرط فاسخ إذ يعتبر التطهير عملاً من أعمال الإدارة كما سئى (أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٢ ص ١٠٥ — بودرى وبارد ٢ فقرة ٨٤٢) .

(١) أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٢ ص ١٠٤ — توليه ٦ فقرة ٥٢٨ — وبرانثون ١١ فقرة ٦٩ — ديمولومب ٢٥ فقرة ٣٧٠ — لوران ١٧ فقرة ٨٩ — بودرى وبارد ٢ فقرة ٨٤٣ — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٧٤٠ ص ٥٤٠ .

(٢) لوران ١٧ فقرة ٨٩ .

(٢) استئناف مختلط ١٨ نوفمبر سنة ١٩٢٦ م ٣٩٨ — بودرى وبارد ٢ فقرة ٨٤٤ —

الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام ص ٢٥٩ هامش رقم ١ .

في الدعوى البولصية يجب أن يكون مستحق الأداء والحق المعلق على شرط واقف غير مستحق الأداء .

(٢) لا يجوز للدائن تحت شرط واقف أن يتقاضى حقه برضاء المدين عن طريق التنفيذ الاختياري . ليس ثمة بطبيعة الحال ما يمنع المدين تحت شرط واقف من أن يني بالدين قبل تحقق الشرط ، ولا ما يمنع الدائن من تقاضي هذا الحق ، ولكن هذا الوفاء يكون وفاء بغير المستحق ، فإذا كان المدين قد وفى الدين وهو يعتقد خطأ أن الدين غير معلق على شرط أو أن الشرط قد تحقق ، جاز له استرداده وفقاً للقواعد العامة في دفع غير المستحق (١) .

(٣) لما كان الحق المعلق على شرط واقف غير مستحق الأداء لأن وجوده لم يتكامل ، فان التقادم المسقط لا يسرى بالنسبة إليه ما دام حقاً معلقاً ، ولا يسرى التقادم إلا إذا تكامل وجود الحق وأصبح نافذاً وذلك بتحقيق الشرط .

(٤) إذا كان الحق المعلق على شرط واقف هو حق الملكية ، كان لهذا الحق مالكان : مالك تحت شرط واقف وهو الذي انتقلت له الملكية معلقة على هذا الشرط ، ومالك تحت شرط فاسخ وهو من انتقلت منه الملكية إلى المالك تحت شرط واقف (٢) . فالمالك تحت شرط واقف حقه غير كامل الوجود كما قدمنا ، أما حق المالك تحت شرط فاسخ فهو كامل الوجود . ومن ثم كان لهذا المالك أن يدير العين ، وأن يتصرف فيها ، وأن يظهر العقار ، وهو الذي يتحمل هلاك العين ، ويستطيع دأئوه أن يتمتعوا بحقوقهم عليها (٣) .

(١) ديرانتون ١٣ فقرة ٦٨٨ - ديمولوب ٢٥ فقرة ٣٥٨ - لوران ١٧ فقرة ٩١ - بودرى وبارد ٢ فقرة ٨٣٢ - بلانويول وريير وبولانجييه ٢ فقرة ١٣٦٠ .
(٢) انظر في كل ذلك المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٤ - ص ١٥ - الموجز للمؤلف فقرة ٤٧٢ .

(٣) ولا يستطيع المالك تحت شرط واقف أن يمنع هذا التنفيذ ، ولكن إذا تحقق الشرط الواقف كان له أثر رجعى ، فتزول الآثار التي ترتبت عليه (بودرى وبارد ٢ فقرة ٨٣٤) . ولا يستطيع المالك تحت شرط واقف أن يأخذ بالشفعة حال تطبيق الشرط ، ولا يأخذ بالشفعة إلا إذا تحقق الشرط . كذلك البيع المعلق على شرط واقف لا يؤخذ فيه بالشفعة إلا إذا تحقق الشرط ، ولا تجرى مواعيد الشفعة إلا من وقت تحققه (استئناف مختلط ٢٩ أبريل سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٦٣) .

٥ ٢ - الشرط الفاسخ

٣٢ - الحق المعلق على شرط فاسخ هو موجود نافذ : قدمنا أن الحق المعلق على شرط فاسخ حق موجود وجوداً كاملاً ، وهو في الوقت ذاته حق نافذ ، ولكنه حق موجود على خطر الزوال .

فصاحب هذا الحق يملكه حالا ، وله أن يديره وأن يتصرف فيه كما سبق القول ، ولكن تصرفاته تكون على خطر الزوال كحقه ، فإذا ما تحقق الشرط الفاسخ ، زال حقه وزالت معه جميع التصرفات التي أجزاها فيه .

على أن هناك من الأعمال التي يقوم بها صاحب الحق المعلق على شرط فاسخ ما يبق حتى بعد تحقق الشرط ، وهي أعمال الإدارة المقرنة بحسن النية ، وسيأتي بيان ذلك .

وقد قدمنا أن المالك تحت شرط فاسخ هو الذي يتحمل تبعه هلاك العين ، وهو الذي يطهر العقار المرهون ، ويستطيع دائئوه أن ينفذوا بحقوقهم على العين المملوكة تحت شرط فاسخ . كثر هذا التنفيذ معلقاً إلغاؤه على تحقق الشرط (١) .

ويستطيع المالك تحت شرط فاسخ أن يحسب مدة حيازته للعين في التقادم ، فإذا أكل المدة ملك العين بالتقادم تجاه المالك الحقيقي ولحساب المالك تحت شرط واقف ، فإذا ما تحقق الشرط رجعت العين ، بعد أن تمت مدة التقادم ، لا إلى المالك الأصلي بل إلى المالك تحت شرط واقف (٢) .

(١) أوبري ورو ، ٤ فقرة ٣٠٢ ص ١٠٢ . ويدفع المالك تحت شرط فاسخ رسوم انتقال الملكية كاملة .

(٢) بودري وهارد ٢ فقرة ٨٧٥ - وجاء في الموجز المؤلف : « وإذا تلقى الدائن ملكية العين معلقة على شرط فاسخ ، وتبين بعد ذلك أن المدين الذي تلقى الدائن عنه الملكية كان لا يملك العين بل كان واضحاً يده عليها ، فإن الدائن يتملك العين بالتقادم إذا تأيد حقه بتخلف الشرط وكان قد أكل المدة اللازمة لملك العين بالتقادم . فحق بيع الوفاء لو أن البائع وفاء كان لا يملك العين ، ولكنه وضع يده عليها مدة اثني عشرة سنة ، ثم باعها وفاء ، وبقى المشتري واضحاً مدة ثلاث سنوات أخرى ، وانقضى ميعاد الاعترداد دون أن يسترد البائع ، فإن المشتري يتملك العين لا بالبيع لأنه صدر من غير مالك ، بل بالتقادم بعد أن أكل مدته خمس عشر سنة » =

ويستطيع المالك تحت شرط فاسخ أن يباشر دعاوى الملكية ودعاوى الحيازة بالنسبة إلى العين التي يملكها تحت هذا الشرط ، كما يستطيع أن يدفع عن نفسه كمالك أى اعتداء يقع على ملكيته .

وإذا كانت العين المملوكة تحت شرط فاسخ نصيباً شائعاً ؛ جاز للمالك تحت شرط فاسخ أن يطلب القسمة ، فإذا ماتت كانت نافذة في حقه وفي حق المالك تحت شرط واقف في حالة تحقق هذا الشرط . ذلك أن القسمة لإجراء من إجراءات الإدارة التي تبقى قائمة حتى بعد تحقق الشرط الفاسخ . ولكن يجوز للمالك تحت شرط واقف أن يتدخل في إجراءات القسمة حتى يمنع أى غش أو تواطؤ بين الشركاء . ويستوى فيما قدمناه أن تكون القسمة قسمة قضائية أو قسمة رضائية (١) .

= (الموجز فقرة ٤٧٨ ص ٤٨٦) . ونلاحظ هنا أن المشتري وفاء قد أكل التقادم إما لحسابه هو إذا لم يسترد البائع ، أو لحساب البائع إذا استرد . وفي حالة استرداد البائع للمبيع وفاء تعود إليه الملكية ، ويعتبر أنه كسبها بالتقادم ، فقد وضع يده اثنتي عشرة سنة أكلها المشتري إلى خمس عشرة .

وكما يسرى التقادم لمصلحة المالك تحت شرط فاسخ ، كذلك يسرى التقادم ضده ، فلو أن عقاراً باعه صاحبه تحت شرط واقف ، فبقى هو مالكا إياه تحت شرط فاسخ ، ثم اختصب العقار شخص آخر ، فإن المختصب يكتسب الملكية بالتقادم ضد المالك تحت شرط فاسخ ، ولا يقف التقادم لمصلحة المالك تحت شرط واقف (أوبري ورو ٤ فقرة ٣٠٢ ص ١٠٣) . ويذهب كثير من الفقهاء (ديراتون ٩ فقرة ٣١٢ - لاروميير ٢٧ ١١٨١ فقرة ١٦ - لوران ١٧ فقرة ٩٥ - بودرى وبارد ٢ فقرة ٨٢١ - فقرة ٨٢٢) إلى أن الحائز للعقار (المختصب) يسرى تقادمه ضد المالك تحت شرط فاسخ أو ضد المالك تحت شرط واقف حسبما يتخلف للشرط أو يتحقق ، لأن لتخلفه أو لتحقيقه أثرًا رجعيًا . فإذا تخلف الشرط اعتبر التقادم ساريًا ضد المالك تحت شرط فاسخ الذي تأيدت ملكيته بتخلف الشرط ، وإذا تحقق الشرط اعتبر التقادم ساريًا ضد المالك تحت شرط واقف إذ يعتبر مالكا منذ البداية بتحقيق الشرط . ولا نرى في هذا الخلاف أهمية عملية مادام الجميع متفقين أن سريان التقادم لا يوقف ضد المالك تحت شرط واقف إذا ما تحقق الشرط وصار مالكا منذ البداية واعتبر التقادم ساريًا ضده . والنتيجة العملية لا تتغير ، فالخائن تحسب له مدة حيازته في أثناء تعلق الشرط ، إما ضد المالك تحت شرط فاسخ ، وإما ضد المالك تحت شرط واقف . ولذلك رأينا فيما قدمناه أن المالك تحت شرط واقف يستطيع أن يقطع التقادم أثناء تعلق الشرط ، ويعتبر هذا عملاً من أعمال التحفظ المنهولة له بموجب حقه المعلق على شرط واقف (انظر آنفاً فقرة ٣٠ في الهامش) .

(١) بودرى وبارد ٢ فقرة ٨٦٧ - فقرة ٨٧٢ . ويجوز للمالك تحت شرط فاسخ أن يأخذ -

أما الدائن تحت شرط فاسخ، أى من له حق شخصى معلق على هذا الشرط، فإن حقه يكون حالاً واجب الأداء، ويستطيع أن يتقاضاه من المدين طوعاً أو كرها، أى بطريق التنفيذ الاختيارى أو بطريق التنفيذ الجبرى .

٣٣- ولكن الحق المعلق على شرط فاسخ موجود على فطر الزوال :

على أن الحق المعلق على شرط فاسخ معرض للزوال، وهو يزول فعلاً بتحقيق الشرط. فإذا كان الدائن تحت شرط فاسخ قد استوفى الدين من مدينه، ثم تحقق الشرط، جاز للمدين أن يسترد مادفع وفقاً للقواعد العامة فى دفع غير المستحق (١).

ولا يستطيع صاحب الحق المعلق على شرط فاسخ، كما قدمنا، أن يأتى من الأعمال مامن شأنه أن يعوق الجانب الآخر - صاحب الحق المعلق على شرط واقف - من استعمال حقه إذا نفذ هذا الحق بتحقيق الشرط (٢).

== بالشفعة (المذكورة الإيضاحية المشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٧)، ويبقى حقه على المقار الذى أخذه بالشفعة قائماً حتى لو تحقق الشرط الفاسخ (استثناء من الأثر الرجعى)، ولا يرد المالك تحت شرط واقف عند تحقق الشرط إلا المين الأصلية دون المين المشفوع فيها. ويجوز للمالك تحت شرط فاسخ أن يظهر المقار المرحون، ويكون التطهير باتاً ولو تحقق الشرط الفاسخ (بودرى ٢ فقرة ٨٧٣ - كولان وكابيتان ٢ فقرة ٦٥٩)، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك. أنظر فى الأثر البات للأخذ بالشفعة والتطهير: المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢١ - الموجز للمؤلف ص ٤٨٥ - الأستاذ أحمد حشمت أبوسيت فقرة ٦٨٨ ص ٥١٥).

(١) ولا تقع المقاصة بين دين معلق على شرط فاسخ ودين بات مابق الصلوق قائماً (المذكورة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٧ - الموجز للمؤلف ص ٤٨١). ويذهب الأستاذ إسماعيل غانم (أحكام الالتزام ص ٢٥٩ هامش رقم ٢) إلى جواز المقاصة حالة التعليق لأن الدين حال الأداء، فإذا تحقق الشرط زالت المقاصة، ويستند فى ذلك إلى موسوعة دالوز ٢ فقرة ١٢٢ ص ٩١٠. وتجوز المقاصة على كل حال بين دين كان مطلقاً على شرط فاسخ ثم تأيد وبين دين منجز منذ البداية (الموجز للمؤلف فقرة ٤٧٨ ص ٤٨٦).

(٢) أنظر فى كل ذلك المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٧ - الموجز للمؤلف فقرة ٤٧٣.

المبحث الثاني

أثر الشرط بعد انتهاء مرحلة التعليق

٣٤ - مسائل البحث : إذا انتهت مرحلة التعليق فان مآل الشرط يتبين ، فهو إما أن يتحقق وإما أن يتخلف . وسواء تحقق أو تخلف فلكل من ذلك أثره ، في حالي الشرط الواقف والشرط الفاسخ . ويكون لتحقيق الشرط ، واقعاً كان أو فاسخاً ، أثر رجعي . في الكثرة الغالبة من الأحوال .

فتكلم إذن في المسائل الآتية : (١) كيف يتحقق الشرط أو يتخلف . (٢) أثر تحقق الشرط أو تخلفه في حالي الشرط الواقف والشرط الفاسخ . (٣) الأثر الرجعي للشرط .

٥ ١ - كيف يتحقق الشرط أو يتخلف

٣٥ - العبرة بإرادة طرفي الالتزام في تحقق الشرط أو تخلفه : تنص المادة ١١٧٥ من التقنين المدني الفرنسي على أنه يجب أن يكون تحقق الشرط على الوجه الذي يظهر أن الطرفين قد أرادا وقصدا أن يكون (١) . وليس لهذا النص مقابل في التقنين المدني المصري ، ولكنه تطبيق للقواعد العامة ، فيمكن الأخذ بحكمه في مصر دون حاجة إلى نص في ذلك .

وقاضى الموضوع هو الذي يقدر الوجه الذي يريد الطرفان أن يكون عليه تحقق الشرط ، وذلك بالرجوع إلى نيتهما ، فيقضى بأن الشرط قد تحقق أو تخلف ، ولا معقب على حكمه . فإذا كان الشرط عملاً يجب القيام به ، نظر القاضى هل قصد الطرفان أن يقوم به شخص معين بالذات كما إذا كان عملاً فنياً لشخصية القائم به

(١) وهذا هو النص في أصله الفرنسي : Toute condition doit être accomplie de la manière que les parties ont vraisemblablement voulu et entendu qu'elle le fût.

اعتبار ملحوظ ، أو قصدا أن يقوم به أى شخص كما إذا كان عملا لاعتبة فيه بشخصية القائم به . كذلك يقدر القاضى ما إذا كان الشرط يقبل التجزئة بحيث إن تحقق جزء منه قابله جزء من الالتزام المشروط ، أو أنه لا يقبل التجزئة فاما أن يتحقق كله وإلا عد متخلفاً . وقد يكون الشرط هو تحقيق غاية ، كما إذا كان زواجا اشترط على الدائن أن يعقده ، فعلى الدائن أن يعقد هذا الزواج حتى يتحقق الشرط ، وليس له أن يحتج بأنه قد بذل جهده فى عقد الزواج ولكنه لم يوفق ، فالشرط هنا هو تحقيق غاية هى عقد الزواج ، فإذا لم يتحقق هذه الغاية ، مهما تكن هذه الأسباب لعدم تحققها ولو كانت أسباباً قاهرة ، اعتبر الشرط متخلفاً . كما قد يكون الشرط هو بذل عناية . فعند ذلك يجب من يطلب منه بذل هذه العناية ألا يدخر وسعاً فى تحقيق الغرض المقصود ، ولكن ليس عليه أن يتحقق هذا الغرض .

وإذا تحقق الشرط أو تخلف ، فقد تحدد مصيره على وجه نهائى لا سبيل إلى الرجوع فيه . فإذا كان الشرط مثلاً الزواج فى خلال مدة معينة ، وتم الزواج فى خلال هذه المدة ، فقد تحقق الشرط ولو وقع الطلاق بعد ذلك . وإذا لم يتم الزواج فى خلال المدة المعينة ، فقد تخلف الشرط ولو تم الزواج بعد انتهاء هذه المدة (١) .

٣٦ - الشرط الذى مرد تحققه أو تخلفه وقت معين : وتنص المادة ١١٧٦ من التقنين المدنى الفرنسى على أنه « إذا علق الالتزام على شرط هو أن يقع أمر فى وقت معين ، فإن الشرط يعتبر متخلفاً إذا انقضى الوقت دون أن يقع هذا الأمر . فإذا لم يحدد لوقوع الأمر وقت ، جاز أن يتحقق الشرط فى أى وقت ولا يعتبر متخلفاً إلا إذا أصبح من المؤكد أنه لن يقع » (٢) . وتنص المادة ١١٧٧

(١) أنظر فى كل هذه المسائل بودرى وبارد ٢ فقرة ٧٩٠ — فقرة ٧٩٧ .

(٢) وهذا هو النص فى أصله الفرنسى : Lorsqu'une obligation est contractée sous la condition qu'un événement arrivera dans un temps fixe, cette condition est censée défaillir lorsque le temps est expiré sans que l'événement soit arrivé. S'il n'y a point de temps fixe, la condition peut toujours être accomplie; et elle n'est censée défaillir que lorsqu'il est devenu certain que l'événement n'arrivera pas.

من نفس التقنين على أنه « إذا علق الالتزام على شرط هو ألا يقع أمر في وقت معين ، فإن الشرط يتحقق إذا انقضى الوقت دون أن يقع هذا الأمر . وهو يتحقق كذلك قبل انقضاء الوقت إذا أصبح من المؤكد أنه لن يقع . فإذا لم يحدد وقت . فإن الشرط لا يتحقق إلا عندما يصبح مؤكداً عدم وقوع الأمر » (١) . ولا مقابل لهذه النصوص في التقنين المدني المصري ، ولكن يمكن الأخذ بأحكامها دون حاجة إلى نص لأنها ليست إلا تطبيقاً للقواعد العامة .

ومثل الشرط الذي يقع في وقت معين أن يعاق الملتزم التزامه على عودة ابنه الغائب في ميعاد يضربه ، فيقول إذا عاد ابني الغائب في خلال ثلاث سنوات مثلاً . وقد لا يعين ميعاداً ، فيقتصر على أن يقول إذا عاد ابني الغائب . ومثل الشرط الذي لا يقع في وقت معين أن يعلق الملتزم التزامه على انعدام خلف له ويضرب لذلك ميعاداً ، فيقول إذا لم يولد لي ولد في خلال سنتين مثلاً . وقد لا يعين ميعاداً ، فيقتصر على أن يقول إذا لم يولد لي ولد .

فإذا علق الملتزم التزامه على شرط أن يعود ابنه الغائب في خلال ثلاث سنوات ، فإن هذه المدة التي عينها تكون أحد عناصر الشرط ، ولا يتحقق الشرط إلا إذا عاد ابنه في خلال هذه المدة . فإن انقضت دون أن يعود فإن الشرط يتخلف ، حتى لو عاد الابن بعد ذلك بمدة وجيزة . ولا يجوز للقاضي أن يمد المدة ، توفعاً لعودة الابن الغائب في أجل قريب . وتسرى المدة في حق القاصر وناقص الأهلية ولو لم يكن له ولي ، لأنها ليست مدة تقادم حتى يرد عليها الوقف ، كذلك لا يجوز قطعها كما تقطع مدة التقادم (٢) . ويتخلف الشرط أيضاً ، حتى قبل انقضاء المدة المعينة ، متى أصبح من المؤكد أن الابن الغائب

(١) وهذا هو النص في أصله الفرنسي : *Lorsqu'une obligation est contractée sous la condition qu'un événement n'arrivera pas dans un temps fixe, cette condition est accomplie lorsque ce temps est expiré sans que l'évènement soit arrivé ; elle l'est également, si avant le terme il est certain que l'évènement n'arrivera pas; et s'il n'y a pas de temps déterminé, elle n'est accomplie que lorsqu'il est certain que l'évènement n'arrivera pas.*

(٢) ديمولوب ٢٥ فقرة ٢٣٩ — فقرة ٣٤٠ — تولى ٦ فقرة ٦٠٨ — لوران ١٧ فقرة ٧٥ — بودرى وبارد ٢ فقرة ٧٩٩ .

لن يعود ، بأن يموت مثلاً قبل انقضاء المدة (١) . أما إذا عاد الابن الغائب في خلال ثلاث سنوات . فقد تحقق الشرط ، وبیت في ذلك قاضى الموضوع دون معقب على حكمه . وإذا كان الشرط غير مقترن بمدة محددة ، بل كان مقتصرأ على اشتراط عودة الابن الغائب ، فهو لا يتحقق إلا إذا عاد الابن . ولكنه يتحقق بعودة الابن في أى وقت ، حتى لو كان ذلك بعد موت الملتزم ؛ فان التزامه المعلق على شرط ينتقل إلى ورثته ، ويبقى معلقاً بعد انتقاله إلى الورثة حتى يعود الابن الغائب . ولا يتخلف الشرط في هذه الحالة إلا إذا أصبح من المؤكد أن الابن الغائب لن يعود في أى وقت ، ويكون ذلك إما بالتحقق من وفاته ، وإما بانقضاء مدة طويلة من الزمن تصبح معها وفاته أمراً يبلغ حد اليقين . ويجوز كذلك ، عند عدم تعيين مدة يتحقق في خلالها الشرط ، أن يعين القاضى مدة معقولة ، مستخلصاً إياها من نية الطرفين ومن ظروف التعاقد وملابساته (٢).

وما قدمناه ينطبق على الشرط السلبي : الا يقع أمر في خلال مدة معينة . فاذا علق الملتزم التزامه على شرط ألا يولد له ولد في خلال سنتين ، فان الشرط يكون قد تحقق إذا انقضت هذه المدة (٣) دون أن يرزق ولداً ، حتى لو رزق الولد بعد انقضاء المدة بوقت وجيز . بل أن الشرط يكون قد تحقق — وقد نصت على ذلك صراحة المادة ١١٧٧ فرنسي — حتى قبل انقضاء المدة إذا أصبح مؤكداً أن الملتزم لن يولد له ولد ، بأن ثبت عقمه مثلاً أو مات قبل انقضاء المدة . أما إذا رزق الملتزم ولداً في خلال السنتين ، فان الشرط يكون قد تخلف ، حتى لو مات الولد بعد ذلك ولو كان موته قبل انقضاء السنتين . وإذا كان الشرط غير مقترن بمدة ، بل كان مقتصرأ على ألا يولد للملتزم ولد ، فان الشرط يتخلف إذا رزق الملتزم ولداً في أى وقت إلى أن يموت . ويتحقق

(١) ولم يرد هذا الفرض في المادة ١١٧٦ فرنسي ، كما ورد نظيره في المادة ١١٧٧ فرنسي ، ولكنه حكم يستخلص من تطبيق القواعد العامة دون حاجة إلى نص .

(٢) بودرى وبارد ٢ ققرة ٨٠٠ .

(٣) ولا تعدم المدة ولا توقف ولا تنقطع .

الشرط إذا أصبح من المؤكد ألا يولد له ولد ، بأن أصبح عقياً مثلاً أو ماتت زوجته وكان الشرط أن يكون الولد منها (١) .

٣٧ - تحقق الشرط أو تخلفه بطريق النفس : وتنص المادة ١١٧٨

من التقنين المدني الفرنسي على أنه « يعتبر الشرط قد تحقق إذا كان المدين بالتزام معلق على هذا الشرط هو الذي منع تحققه » (٢) . وليس لهذا النص مقابل في التقنين المدني المصري ، ولكن المشروع التمهيدى لهذا التقنين كان قد احتوى على نص مقابل هو المادة ٣٨٨ من هذا المشروع ، وكانت تجرى على الوجه الآتى : ١ - يعتبر الشرط قد تحقق إذا كان الطرف الذى له مصلحة فى أن يتخلف قد حال بطريق الغش دون تحققه . ٢ - لا أثر للشرط الذى تحقق إذا كان تحققه قد وقع بغش الطرف الذى له مصلحة فى أن يتحقق . والنص كما نرى أكثر استيعاباً وأوسع شمولاً من نص التقنين المدني الفرنسي (٣) . ولكنه

(١) وقد جاء فى المادة ٨٨ من تقنين الموجبات والعقود البتاني : « إذا عقد موجب وكان معلقاً بشرط وقوع حادث ما فى وقت معين ، فإن هذا الشرط يمد غير متحقق إذا انصرم ذلك الوقت ولم يقع ذلك الحادث . ولا يجوز لقاضى على الإطلاق أن يمنح فى هذه الحالة تمديداً للمهلة . وإذا لم يضرب أجل ما ، فإن تحقق الشرط ممكن فى كل آن ، ولا يمد غير متحقق إلا إذا أصبح من المؤكد أن الحادث لن يقع » . وجاء فى المادة ٨٩ من نفس التقنين : « إذا عقد موجب مباح شرعاً على ألا يطرأ حدث ما فى زمن معين ، فيمد هذا الشرط متحققاً إذا انقضى هذا الزمن ولم يقع الحدث ، أو أصبح من المؤكد قبل الأجل المعين أنه لن يقع . وإذا لم يكن ثمة وقت معين فلا يتحقق الشرط إلا إذا بات من المؤكد أن الحدث لن يقع » .

(٢) وهذا هو النص فى أصله الفرنسى : *La condition est réputée accomplie lorsque c'est le débiteur, obligé sous cette condition, qui en a empêché l'accomplissement.*

(٣) وقد أخذ من المادتين ١٣١ - ١٣٢ من التقنين الفرنسى والمادتين ٩١ - ٩٢ من تقنين الموجبات والعقود البتاني والمادة ١٦٢ من التقنين المدنى الألماني (انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ص ٤٠٨ - ٤٠٩) .

وقد نصت المادة ٩٠ من تقنين الموجبات والعقود البتاني على ما يأتى : « أن الشرط الموقوف تحقيقه على اشتراك شخص ثالث فى العمل أو على فعل من الدائن يمد غير متحقق إذا انكسر الشخص الثالث عن الاشتراك أو الدائن عن إتمام الفعل المعين وأن يكن المانع غير منوط بمشقة . ونصت المادة ٩١ من هذا التقنين على أن « يمد الشرط متحققاً حينما يكون المدينون الملزم التزاماً -

حذف في لجنة المراجعة «إمكان استخلاص حكمه من القواعد العامة» (١).

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في صدد هذا النص ماينأتى : «تواجه هذه المادة فرضين : أولها يعرض حيث يحول ذو المصلحة في تخلف الشرط دون تحقيقه بطريق الغش ، كما هو الشأن في المدين بالتزام معلق على شرط موقف أو الدائن بالتزام معلق على شرط فاسخ . وفي مثل هذا الفرض يعتبر الشرط قد تحقق ولو أنه لا يزال متخلفاً في حكم الواقع ، جزاء ما وقع من غش المدين أو الدائن بحسب الأحوال . والثاني يعرض حيث يعتمد ذو المصلحة ، على نقيض ماوقع في الفرض الأول ، إلى تحقيق الشرط بطريق الغش ، كما هو الشأن في الدائن بالتزام معلق على شرط موقف (كالمستأمن إذا انتحر أو تسبب في الحريق عمداً) ، والمدين بدين معلق على شرط فاسخ . ولا رتب تحقق الشرط في هذا الفرض أثراً ما ، بل يبرأ المدين من التزامه ، أو يظل مرتبطاً به نهائياً ، رغم تحقق الشرط الموقف أو الفاسخ . ومن الواضح أن إقرار هذا الحكم قصد به إلى قع مايقع من غش من المدين أو الدائن بحسب الأحوال» (٢).

وواضح أن ذا المصلحة من الطرفين في تخلف الشرط إذا حال دون تحقيقه بطريق الغش ، كالمدين تحت شرط واقف يحول دون تحقق هذا الشرط حتى لا ينفذ التزامه (٣)، أو الدائن تحت شرط فاسخ يحول دون تحقق هذا الشرط حتى يصبح حقه باتاً لا يفسخ ، يكون قد عمل على نقض ماتم من جهته ، ومن سعى إلى نقض ماتم من جهته فسعيه مردود عليه . وكذلك الحال في ذى المصلحة من الطرفين في تحقق الشرط إذا عمل على تحقيقه بطريق الغش ، كالمدين تحت شرط فاسخ يعمل على تحقيق هذا الشرط حتى يفسخ التزامه ، وكالدائن تحت شرط

= شرطياً قد منع بدون حق وقوع الحادث أو كان متأخراً عن إتمامه . ونصت المادة ٩٢ على أنه « لا مفعول للشرط المتحقق إذا وقع الحادث بجهة من الشخص الذى كان من مصلحته أن يقع هذا الحادث » .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١١ في الهامش .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١١ في الهامش .

(٣) استئناف مخطوط ٦ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٥١ .

واقف يعمل على تحقيق الشرط حتى يصبح حقه نافذاً . في جميع هذه الأحوال يكون هناك خطأ من الطرف الذى عمل على تخلف الشرط أو على تحققه ، فيجب عليه التعويض عن خطأه . وخير تعويض هو أن يعتبر الشرط الذى عمل على تخلفه قد تحقق ، أو الشرط الذى عمل على تحققه قد تخلف ، فهذا هو التعويض العيني للخطأ الذى ارتكبه .

ولكن لا بد أن يكون قد ارتكب خطأ في الحيلولة دون تحقق الشرط أو دون تخلفه ، ولا يكفي أن يكون بمجرد عمله قد حال دون ذلك من غير أن يتطوى هذا العمل على خطأ . فلو أن المؤجر التزم نحو المستأجر أن يؤجر له طابقاً آخر من الدار إذا بقي في الطابق الأول الذى أجره له مدة معينة ، ثم تأخر المستأجر عن دفع أجرة الطابق الأول مما دعا المؤجر أن يستصدر حكماً عليه بالإخلاء قبل انقضاء المدة المعينة ، فلا يقال في هذه الحالة أن المؤجر قد عمل ، باخراج المستأجر من الطابق الأول ، على تخلف الشرط مما يؤدي إلى اعتباره متحققاً . ذلك أن المؤجر لم يرتكب خطأ في إخراج المستأجر من الطابق الأول ، بل المستأجر هو الذى ارتكب الخطأ بتأخره عن دفع الأجرة . وإذا التزم شخص نحو ابنه باعطائه مبلغاً من المال إذا لم يبن له داراً ، فإن الأب يستطيع أن يبنى الدار لابن فيتخلف الشرط بذلك ، ولا يعتبر الأب مخطئاً في العمل على تخلف الشرط (١). وإنما يعتبر الطرف قد أخطأ في العمل على تحقق الشرط ، ومن ثم يعتبر الشرط متخلفاً ، في الفرض الآتى : شخص تعهد باعطاء إيراد مرتب لشخصين طول حياتهما ، على أن من يموت منهما قبل الآخر يرتد إرادته إلى صاحبه ، فيجمع هذا بين الإرادين . فإذا قتل أحد هذين الشخصين الآخر ، فانه يكون بذلك قد عمل غشاً على تحقيق الشرط الذى يترتب على تحققه أن يرتد له إيراد الشخص المقتول ، ومن ثم يعتبر الشرط متخلفاً جزاء له على غشه ، ولا يرتد له هذا الإيراد (٢). كذلك

(١) بودرى وبارد ٢ فقرة ٨٠٦ .

(٢) محكمة استئناف پواتييه أول فبراير سنة ١٨٨١ سيرة ٨٢—٢—٢٧ — بودرى وبارد ٢ فقرة ٨٠٨ . وقريب من ذلك الوارث إذا قتل مورثه ، فإنه لا يرث في الشريعة الإسلامية ، وإن كان حتى الوارث في الميراث ليس حقاً مطلقاً على شرط كما سبق القول .

إذا أحرق المؤمن على الحريق المكان الذى أمنه ، فإنه لا يستحق مبلغ التأمين . على أنه ليس من الضروري ، بعد أن حذف نص المادة ٣٨٨ من المشروع التمهيدى وكان يشترط أن تكون الحيلولة دون تحقق الشرط أو تخلفه بطريق الغش ، أن تكون الحيلولة حتماً بهذا الطريق . بل يكفي أن يكون هناك خطأ فى جانب من حال دون تحقق الشرط أو دون تخلفه ، ولو لم يصل هذا الخطأ إلى درجة التعمد والغش . فإذا تعهد صاحب مصنع لموظفيه بأن يعطيهم تعويضاً عن مصروفات انتقالهم إلى المصنع إذا لم يقدم لهم عربة خاصة تنقلهم إليه ، فإن مجرد تأخر أحد الموظفين عن إدراك العربة الخاصة يكون خطأ ، ويكون قد عمل على تحقيق الشرط بخطأ منه ، فلا يستحق تعويضاً عن مصروفات انتقاله إلى المصنع بوسائله الخاصة (١) .

(١) وقد جاء فى الموجز المؤلف فى هذا الصدد : « ويعتبر الشرط قد تحقق حكماً إذا منع المدين تحققه عن عمد أو إهمال (م ١١٧٨ فرنسى - استئناف مختلط ٦ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٥١) . فإذا تعهد شخص لسمسار بأن يدفع له مبلغاً من النقود إذا توسط السمسار فى بيع منزل مملوك للمتعهد بالتمتع المناسب ، ووجد السمسار مشترياً بشئ مناسب ، وامتنع صاحب المنزل من بيعه عدداً أو أهمل حتى ضاعت الصفقة ، فإن الشرط يعتبر متحققاً حكماً ، ويجوز للسمسار أن يطالب بالمبلغ الذى وعد به . ولكن إذا كان المدين فى منته لتحقق الشرط إنما كان يستعمل حقاً له دون أن يتصرف فى استعماله ، فلا يعتبر الشرط متحققاً حكماً فى هذه الحالة . وقد ضرب بوتييه (الالتزامات فقرة ٢١٢) لذلك مثلاً : أوصى شخص لآخر بمنزل بشرط أن يدفع الموصى له مبلغاً من المال لشخص معين فى مدة ستة وإلا بقى المنزل للوارث . فإذا منع الوارث الموصى له من تحقيق الشرط الذى علق عليه الوصية ، بأن حيز على أمواله لدين شخصى فى ذمة الموصى له للوارث ، وجعل الوارث الموصى له بذلك عاجزاً عن دفع المال للشخص المعين فى المدة المحددة ، فإن الشرط يعتبر متخلفاً لا متحققاً حكماً ولو أن الوارث هو الذى منع تحقق الشرط ، لأنه فى منته لتحقق الشرط إنما كان يستعمل حقاً ثابتاً له . وكذا أن الشرط يعتبر متحققاً حكماً إذا منع المدين تحققه لسبب غير مشروع ، فإنه كذلك يعتبر متخلفاً حكماً إذا حققه الدائن بعمل غير مشروع . فن يتعاهد مع شركة تأمين على الحياة على أن الشركة تعطى ورثته مبلغاً من المال إذا مات ، ثم يجعل بعد ذلك بموته بأن يقتصر مثلاً ، فيحقق الشرط بعمل غير مشروع ، لا يكون بذلك قد حقق الشرط تحقيقاً معتبراً ، بل يعد الشرط متخلفاً حكماً » (الموجز فقرة ٤٧٤ ص ٤٨٢) .

هذا ويلاحظ أن التزام شركة التأمين على الحياة بإعطاء الورثة مبلغ التأمين ، إذا مات مورثهم المؤمن له ، ليس التزاماً مطلقاً على شرط ، بل هو التزام مقترن بأجل ، إذ الموت أجل لا شرط وإن كان أجلاً غير معين . ومع ذلك فإنه إذا إنتصر المؤمن له ، لم يحل الأجل ، وتبرا ذمة شركة التأمين من التزامها بدفع مبلغ التأمين (أنظر فقرة ٧٥ فيما يلى) .

ولا يطلب من الطرف ذى الشأن إلا أن يثبت أن الطرف الآخر قد حال بخطأه دون تحقق الشرط أو دون تخلفه (١).

ولكن يجوز للطرف الآخر أن يثبت أنه بالرغم من خطأه فإن الشرط ما كان ليتحقق أو ما كان ليتخلف ، وفي هذه الحالة لا يجوز اعتبار الشرط متحققاً أو متخلفاً مادام الخطأ ليس هو السبب الحقيقى فى تخلفه أو فى تحققه (٢).

٢٥ - أثر تحقق الشرط أو تخلفه

٣٨ - الشرط الواقف - النصوص القانونية : رأينا أن المادة ٢٦٨

من التقنين المدنى المصرى تنص فى صدرها على ما يأتى : « إذا كان الالتزام معلقاً على شرط واقف ، فلا يكون نافذاً إلا إذا تحقق الشرط » (٣).

فاذا تحقق الشرط الواقف إذن نفذ الالتزام المعلق عليه ، وكان قبل تحقق الشرط موقوفاً كما رأينا (٤). فيجوز بعد تحقق الشرط للدائن أن ينفذ بحقه اختياراً أو إجباراً ، وله أن يستعمل الدعوى البوليصة تمهيداً لهذا التنفيذ . ولا يرد ما قبضه ، لأنه قبض ما هو مستحق له . ويسرى التقادم فى حق الالتزام

(١) أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٢ من ١٠٠ .

(٢) لاروسبيير ٢ م ١١٧٨ فقرة ١٠ - لوران ١٧ فقرة ٧٦ من ٩١ - بودرى وبارد ٢ فقرة ٨٠٧ .

(٣) انظر تاريخ هذا النص والنصوص المقابلة له آتفاً فقرة ٢٨ فى الهامش - وقد كانت المادة ١٠٤/١٥٨ من التقنين المدنى السابق تنص على ما يأتى : « إذا كان فسخ التمهيد معلقاً على أمر محقق فالتمهيد باطل ، ويبطل أيضاً إذا كان فسخه معلقاً على أمر مشكوك فيه فى الأصل ثم تحقق . وأما إذا كان التمهيد مشروطاً فيه أنه معلق على أحد الأمرين ، فوجود المعلق عليه يبطل الشرط ويثبت التمهيد » . وصدر هذه المادة يعرض للشرط الفاسخ ، ويعرض للمعجز للشرط الواقف . والذى يمتننا هو الشرط الواقف ، فإذا كان التمهيد معلقاً عليه وتحقق الشرط - سواء كان محققاً منذ البداية أو كان مشكوكاً فى تحققه ثم تحقق ، ولا يعتبر فى الحالة الأولى شرطاً بالمعنى الصحيح (الموجب للمؤلف من ٤٨١ هامش رقم ١) - أصبح التمهيد نافذاً ، وهذا هو عين ما يقرره صدر المادة ٢٦٨ من التقنين المدنى الجديد ، فلا فرق إذن فى الحكم ما بين التصين .

(٤) وقد كان للالتزام وقت تعلق الشرط وجود ناقص كما قدمنا ، ويصحق الشرط بتكامل هذا الوجود ، ويصبح الالتزام كامل الوجود نافذاً .

منذ تحقق الشرط ، وكان لا يسرى حال تعلقه . وقد تقدم بيان كل ذلك .
هذا ويعتبر الالتزام بتحقيق الشرط موجوداً ، لا منذ تحقق الشرط فحسب ،
بل منذ نشوء الالتزام (١) ، وهذا هو الأثر الرجعى لتحقيق الشرط وسيأتى بيانه .
ويستخلص من ذلك أنه إذا تم العقد معلقاً على شرط واقف ، لم يجوز لأحد
المتعاقدين أن يرجع فى تعاقدته ما بين تمام العقد وتحقق الشرط ، فان الشرط
إذا تحقق اعتبر العقد قد تم وترتبت عليه جميع آثاره منذ انعقاده لا منذ تحقق
الشرط (٢) .

أما إذا تخلف الشرط الواقف ، فان الالتزام الذى كان معلقاً على هذا
الشرط - وكان له وجود ناقص كما قدمنا - ينمحي ويصبح كأن لم يكن ،
ولا يعتبر له وجود ، لا كامل ولا ناقص ، منذ البداية ، وهذا هو الأثر
الرجعى لتخلف الشرط . وينبى على ذلك أن المدين إذا لم يكن قد وفى شيئاً
من الالتزام كان غير ملزم بالوفاء أصلاً ، وإذا كان قد وفى شيئاً فانه يسترده (٣) .
وينبى على ذلك أيضاً أن الدائن إذا كان قد تصرف فى الشيء ، فان تخلف
الشرط الواقف يلغى جميع تصرفاته لأنها جميعها كانت معلقة على هذا الشرط
الواقف كما قدمنا (٤) .

٣٩- الشرط الفاسخ - النصوص القانونية : تنص المادة ٢٦٩

من التقنين المدنى على ما يأتى :

١- يترتب على تحقق الشرط الفاسخ زوال الالتزام . ويكون الدائن ملزماً
برد ما أخذه ، فاذا استحال الرد لسبب هو مشول عنه وجب عليه التمييز .

(١) استئناف مخطوط ٢٠ نوفمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٢٩ .

(٢) بودرى وهارد ٢ فقرة ٨٤٧ .

(٣) بودرى وهارد ٢ فقرة ٨٤٩ .

(٤) حل أن هناك أعمالاً إذا نفذت لم يمحمها تخلف الشرط الواقف . وقد قضت محكمة
الاستئناف المختلطة فى هذا المعنى بأنه إذا دفع المقرض للمقرض جزءاً من القرض ، حل أن
له الباقى إذا قدم المقرض شهادة بخلو العقار المرهون ضماناً لهذا القرض من الحقوق العينية
والشكائيف ، فإن الرهن يبق غسائماً للجزء المبلغ من القرض حتى لو ظهر أن العقار مشول
بمقوق سابقة (استئناف مخطوط ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ١٤) .

٢٥ - على أن أعمال الإدارة التي تصدر من الدائن تبقى نافذة رغم تحقق الشرط (١).

وزى من ذلك أنه إذا تحقق الشرط الفاسخ ، فإن تحققه يزيل الالتزام المعلق عليه ، فيعتبر هذا الالتزام كأن لم يكن منذ البداية بفضل الأثر الرجعي .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٣٩٠ من المشروع التمهيدي على وجه يكاد يكون مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وفي لجنة المراجعة أقر النص بعد استبدال كلمة «استحال» بكلمة «قصد» في الفقرة الأولى، وأصبح رقه المادة ٢٨١ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ استبدلت كلمة «نافذة» بكلمة «قائمة» في الفقرة الثانية، وأصبح رقم المادة ٢٦٩ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنة (مجموعة الأعمال التوضيحية ٣ ص ١٦ وص ١٨) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق صدر المادة ١٠٤/١٥٨ ، وهو كما رأينا يقضي بأنه «إذا كان فسخ التعهد معلقاً على أمر محقق فالتعهد باطل، ويبطل أيضاً إذا كان فسخه معلقاً على أمر مشكوك فيه في الأصل ثم تحقق» . والفسخ المعلق على أمر محقق لا يعتبر فسخاً مطلقاً على شرط ، إذ الأمر المحقق لا يمكن أن يكون شرطاً كما قدمنا ، ومن ثم يكون التعهد غير موجود ما دام فسخه معلقاً منذ البداية على أمر محقق ، أي ما دام مفسوخاً منذ البداية . أما في الحالة الثانية الواردة في النص ، وهي حالة الشرط بالمعنى الصحيح ، فإن الفسخ يكون معلقاً على أمر مشكوك فيه ثم يتحقق ، ويتحقق الشرط يزول الالتزام . وهذا هو عين الحكم في التقنين المدني الجديد .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٢٦٩ (وهي مطابقة للمادة ٢٦٩ من التقنين المدني المصري) . وفي التقنين المدني الليبي م ٢٥٦ (وهي مطابقة للمادة ٢٦٩ من التقنين المدني المصري) . وفي التقنين المدني العراقي : م ٢٨٩ - ١ - العقد المعلق على شرط فاسخ يكون نافذاً غير لازم . فإذا تحقق الشرط فسخ العقد، وألزم الدائن برد ما أخذه ، فإذا استحال رده وجب الضمان . وإذا تخلف الشرط لزم العقد . ٢ - على أن أعمال الإدارة التي تصدر من الدائن تبقى قائمة رغم تحقق الشرط . (ولا فرق في الحكم بين التقنين العراقي والتقنين المصري رغم اختلاف العبارة ، ويرجع اختلاف العبارة إلى تأثر التقنين العراقي بتصريحات الفقه الإسلامي - انظر الأستاذ حسن الذنون في أحكام الالتزام فقرة ١٣٩) . وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني : م ٩٧ - إن شرط الإلغاء لا يوقف تنفيذ الموجب ، بل يقتصر على إلزام الدائن برد ما أخذه عند تحقق الشرط . وإذا لم يتمكن من رده لسبب هو مسئول عنه ، لزمه بدل المثل والضرر . غير أنه لا يلزمه رد المنتجات والزيادات، وكل نص يقضي عليه برد المنتجات يمد كانه لم يكن - م ٩٩ - إذا تحقق شرط الإلغاء ، فإن الأعمال التي أجزاها الدائن في خلال ذلك تصبح لغيره ، ما عدا أعمال الإدارة فأنها تبقى ثابتة على كل حال . (ولا فرق في الحكم ما بين التقنين اللبناني والتقنين المصري رغم اختلاف العبارة) .

وينفسخ الالتزام بقوة القانون ، دون حاجة إلى حكم أو إعدار ، ويترتب على ذلك ما يأتي : (١) لا حاجة لطلب الفسخ ، ومن باب أولى لاستصدار حكم به ، ولكن إذا حصل نزاع وجب الالتجاء إلى القضاء ، لا يقضى بالفسخ كما يفعل في فسخ العقد الملزم للجائين إذا أخل أحد المتعاقدين بالتزامه ، بل ليقرر أن العقد قد انفسخ ، ولا يجوز له أن يمنح أية مهلة . (٢) يجوز لكل ذي مصلحة التمسك بانفساخ العقد ، فيستطيع دائنو البائع بعد انفساخ عقد المشتري أن يحجزوا على المبيع مباشرة بمجرد تحقق الشرط الفاسخ . (٣) لا يجوز للطرفين باتفاقهما أن يتزلا عن الفسخ ، إذ يعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه ، ولا بد من إبرام عقد جديد يتعقد من وقت إبرامه .

وبتحقق الشرط الفاسخ تسقط جميع التصرفات التي صدرت من الدائن تحت شرط فاسخ ، ولا تبقى إلا أعمال الإدارة على الوجه الذي سنيته فيما يلي . وإذا كان الدائن قد استوفى الدين ، وتحقق الشرط الفاسخ ، فعليه أن يرده للمدين ، وإذا استحال الرد لغير سبب أجنبي ، كان عليه أن يعرض المدين عما أصابه من الضرر . أما إذا رجعت الاستحالة إلى سبب أجنبي ، فقد انقضى الالتزام بالرد ، ولا محل للتعويض في هذه الحالة . والالتزام بالرد مبني على أساس دفع غير المستحق ، فانه لما تحقق الشرط الفاسخ بأثر رجعي ، تبين أن الشيء الذي دفعه المدين للدائن لم يكن مستحقاً ، فكان له الحق في استرداده .

وإذا تخلف الشرط الفاسخ ، فإن الالتزام الذي كان معلقاً عليه ، وكان على خطر الزوال يصبح باتاً غير معرض للزوال ، وتصبح جميع تصرفات الدائن تحت شرط فاسخ هي أيضاً باتة غير قابلة للتقضى . أما تصرفات الطرف الآخر التي كانت معلقة على شرط واقف ، ولم يتحقق هذا الشرط بتخلف الشرط الفاسخ ، فانها تزول بأثر رجعي كما قدمنا . ويتم كل ذلك بمجرد تخلف الشرط الفاسخ دون حاجة إلى حكم أو إعدار ، كما رأينا ذلك في حالة تحقق هذا الشرط .

٤ - أعمال الإدارة في حالة تحقق الشرط الفاسخ : قدمنا أن جميع تصرفات الدائن تحت شرط فاسخ تسقط بتحقيق الشرط فيما عدا أعمال الإدارة . وقد نصت على ذلك صراحة ، كما رأينا ، الفقرة الثانية من المادة ٢٦٩ إذ تقول :

« على أن أعمال الإدارة التي تصدر من الدائن تبقى نافذة رغم تحقق الشرط » .
وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التهديدي في هذا الصدد ما يأتي :

« أما ما يصدر من الدائن من أعمال الإدارة فيظل قائماً رغم تحقق الشرط ،
ذلك أن هذه الأعمال لا تؤثر في الحقوق التي استقرت نهائياً من جراء تحقق
الشرط . ثم أنه من الأهمية بمكان أن يكفل لها ما ينبغي من الاستقرار . وغنى
عن البيان أن بقاء الأعمال التي تقدمت الإشارة إليها مشروط بحسن نية من
صدرت عنه وعدم تجاوزه المألوف في حدود الإدارة . فإذا كان عمل الإدارة
إجارة مثلاً ، وجب ألاّ تجاوز مدتها ثلاث سنوات » (١) .

والمثل المألوف لأعمال الإدارة هو الإيجار . ويدخل في أعمال الإدارة أيضاً
قبض الأجرة وبيع الثمار والمحصولات وقيد الرهن وتجديد القيد وتسجيل العقد
ونحو ذلك . بل يدخل في أعمال الإدارة ، فلا يفسخ بتحقيق الشرط الفاسخ ،
القسمة وتطهير العقار . فإذا أجرى المالك قسمة العين الشائعة التي يملكها تحت
شرط فاسخ ، فإن هذه القسمة ، سواء كانت قضائية أو رضائية ، لا تفسخ
بتحقق الشرط ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك . وكذلك الأمر فيما يتعلق بتطهير
العقار إذا كان مثقلاً برهن وأجرى المالك تحت شرط فاسخ تطهيره ، فلا يعود
مثقلاً بالرهن حتى لو تحقق الشرط الفاسخ (٢) . كما تقدم القول .

ولكن يشترط لبقاء أعمال الإدارة بالرغم من تحقق الشرط الفاسخ أمران :
(١) أمر ذاتي ، هو حسن نية صاحب الحق المعلق على شرط فاسخ ، فيجب
ألاّ يتخذ من أعمال الإدارة ذريعة يتوسل بها إلى تعطيل حق الطرف الآخر إذا
تحقق الشرط الفاسخ . (٢) وأمر موضوعي ، هو ألاّ يجاوز في أعمال الإدارة
الحد المألوف ، فلا يعقد إجارة لمدة تجاوز ثلاث سنوات ، ولا يبيع إلا
الموجود من المحصولات فيمتنع عليه بيع المحصولات المستقبلية لسنتين قادمة ،
وهكذا .

(١) مجموعة الأعمال التمهيدية ٣ ص ١٧ .

(٢) انظر في هذا المعنى أنسيكلوبيدي دالوز ١ لفظ Condition فقرة ٦٣ — كولان
وكايتان ٢ فقرة ٦٥٩ . وانظر في أن هذه المسألة تختلف فيها: بودري وبارد ٢ فقرة ٨٧٣ —
بودري ولوان ٣ فقرة ٢٣٤٠ — فقرة ٢٣٤٦ .

والنسب في بقاء أعمال الإدارة واضح ، لأن هذه الأعمال ضرورية ويجب القيام بها في وقتها المناسب ، ويجب أن يكون لها من الاستقرار ما يكفل لها البقاء حتى يتيسر اجراؤها . ولما كان صاحب الحق المعلق على شرط فاسخ هو الذى يملك الإدارة ، فقد يسر له القانون مهمته بأن أبى أعماله قائمة حتى بعد تحقق الشرط الفاسخ ، مادام قد توافر فيها الشرطان المتقدمان .

§ ٣ - الأثر الرجعى لتحقيق الشرط

٤١ - النصوص القانونية : تنص المادة ٢٧٠ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« ١ - إذا تحقق الشرط استند أثره إلى الوقت الذى نشأ فيه الالتزام ، إلا إذا تبين من إرادة المتعاقدين أو من طبيعة العقد أن وجود الالتزام أو زواله إنما يكون فى الوقت الذى تحقق فيه الشرط . »

٢ - ومع ذلك لا يكون للشرط أثر رجعى إذا أصبح تنفيذ الالتزام قبل تحقق الشرط غير ممكن لسبب أجنبى لا يد للمدين فيه (١) .

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المواد ١٥٩/١٠٥ و ١٦٠/١٠٦ و ٢٦٩ مكررة/٣٤٠ (٢) . ولا فرق فى الحكم بين التقنينين .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٧٩١ من المشروع التمهيدي على الوجه الذى استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، بعد أن أبدلت فى لجنة المراجعة كلمة « انسحب » بكلمة « استند » . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٢٨٢ من المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٢٧٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٩ و ص ٢١ - ص ٢٢) .

(٢) التقنين المدنى السابق : م ١٥٩/١٠٥ : إذا تم الشرط بوقوع الأمر المعلق عليه وجود التمهيد أو بطلانه ، فيعتبر التمهيد والحقوق اللاحقة له مستحقة أو لافية من وقت الاتفاق على هذا الشرط .

م ١٦٠/١٠٦ : ومع ذلك إذا صار الوفاء بالتمهيد به غير ممكن قبل وقوع الأمر المعلق عليه وجود التمهيد ، فلا يكون لهذا الأمر تأثير عند وقوعه .

ويقابل النص في التقنيات المدنية العربية الأخرى: في التقنين المدني السوري المادة ٢٧٠، وفي التقنين المدني الليبي المادة ٢٥٧، وفي التقنين المدني العراقي ٢٩٠، وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المواد ٩٥ و٩٦ و٩٨ و٩٩ (١).

م ٢٦٩ مكررة/ ٣٤٠: لا يصر وقوع الشرط الذي يجهله الدائن المرتهن لمقار بالحقوق الآيلة إليه من البائع تحت شرط توقيفي أو من المشتري تحت شرط فاسخ (قانون رقم ٧٩ لسنة ١٩٤٣): وهذا النص في التقنين المدني السابق يقابل المادة ١٠٣٤ من التقنين المدني الجديد. ويلاحظ أن المقد المعلق على شرط لا بد من شهره مطلقاً بالشرط، فإذا ما تحقق الشرط أثر ذلك في حق الدائن المرتهن، وهذا خلافاً لحكم المادة ٢٦٩ مكررة/ ٣٤٠ من التقنين المدني السابق (الأستاذ أحمد حشمت أبوسيت فقرة ٦٨٨ ص ٥١٥).

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى:

التقنين المدني السوري: م ٢٧٠ (مطابقة المادة ٢٧٠ من التقنين المدني المصري).

التقنين المدني الليبي: م ٢٥٧ (مطابقة للمادة ٢٧٠ من التقنين المدني المصري).

التقنين المدني العراقي: م ٢٩٠ (مطابقة في الحكم للمادة ٢٧٠ من التقنين المدني المصري:

انظر الأستاذ حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ١٤٣ — فقرة ١٤٨)

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٩٥: أن الموجب عليه تحت شرط التعليل لا يمكنه قبل تحقق

هذا الشرط أن يقوم بأى عمل من شأنه أن يمنع استكمال حقوق الدائن أو يزيده صعوبة في حالة تحقق الشرط. وبعد أن يتحقق شرط التعليل تكون الأعمال التي أجراها الموجب عليه في خلال ذلك ملغاة على قدر ما يكون نهجها من الإضرار بالدائن ما عدا الحقوق المكتسبة شرعاً لشخص ثالث حسن النية.

م ٩٦: إذا هلك أو تعيب موضوع الموجب المعلق على شرط قبل تحقق الشرط فتطبق القواعد الآتية: إذا هلك الشيء جيمه ولم يكن هلاكه ناشئاً عن فعل أو خطأ من المديون، فيبقى تحقق الشرط بدون مفعول وبعد الموجب كأنه لم يكن. وإذا كان هذا الموجب ناشئاً عن عقد متبادل فإن الشيء يهلك على المديون، بمعنى أنه لا يحق له أن يطالب الدائن بتنفيذ الشيء المقابل. وإذا تعيب الشيء أو نقصت قيمته بلا فعل ولا خطأ من المديون، وجب على الدائن قبوله بحاله دون تخفيض من الثمن. وإذا هلك الشيء جيمه بخطأ أو بفعل المديون، حق للدائن أن يطلب بدل المثل والضرر. وإذا تعيب الشيء أو نقصت قيمته بخطأ أو بفعل من المديون، كان للدائن أن يختار إما قبول الشيء على حالته وإما إلغاء المقد، وفي الحالتين لا يحرم حق المطالبة ببطل السط والضرر عند الاقتضاء. كل ذلك إذا لم يشترط الفريقان خلافاً.

م ٩٨: إن القاعدة المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة ٩٥ تطبق على الموجبات لمعقودة على شرط الإلغاء، فيما يختص بالأعمال التي أجراها ذاك الذي تلغى حقوقه بتحقيق الشرط، ما خلا الحقوق المكتسبة شرعاً لشخص ثالث حسن النية.

م ٩٩: إذا تحقق شرط الإلغاء فإن الأعمال التي أجراها الدائن في خلال ذلك تصبح لغواً، ما عدا أعمال الإدارة فاتها تبقى نائمة على كل حال.

وهذه المسألة هي من أهم المسائل في الشرط . ويختلف الشرط عن الأجل بوجه خاص في أن للشرط أثراً رجعياً ليس للأجل (١)، وفي أن الشرط أمر غير محقق الوقوع والأجل أمر محقق .

ونتكلم ، في الأثر الرجعي للشرط (٢) ، في المسائل الآتية : (١) الأساس الذي يقوم عليه مبدأ الأثر الرجعي وتقدير هذا المبدأ . (٢) ما يترتب من النتائج على الأثر الرجعي . (٣) ما يستثنى من إعمال الأثر الرجعي .

٤٢ - الأساس الذي يقوم عليه مبدأ الأثر الرجعي - تقرير

هذه المبدأ : أشرنا فيما قدمناه إلى أن لتحقيق الشرط ، سواء كان الشرط واقعاً أو فاسخاً ، أثراً رجعياً . وهذا ما تقوله صراحة المادة ٢٧٠ مدني ، فهي كما رأينا تقرر أنه إذا تحقق الشرط استند إلى الوقت الذي نشأ فيه الالتزام .

ونبدأ ببيان الأساس الذي يقوم عليه مبدأ الأثر الرجعي ، وقد تشعبت الآراء في بيان هذا الأساس .

فن الفقهاء من يذهب إلى أن الأثر الرجعي لتحقيق الشرط ليس إلا مجرد افتراض وهمي (fiction) من جانب المشرع ، الفرض منه تفسير بعض

= (والتقنين البناني ، كما نرى ، لا يصرح بمبدأ الأثر الرجعي لتحقيق الشرط ، ولكنه يورد أهم تطبيقاته وأهم استثناءاته . ولعله تأثر بالنقد الذي يوجه عادة من الفقه الحديث إلى مبدأ الأثر الرجعي . وهو في تبة الهلاك يتشبه مع أحكام القانون المدني الفرنسي إلا في التمييز والهلاك الجزئي)

(١) لم يكن القانون الروماني في عهد المدرسي يجعل الشرط أثراً رجعياً في كل الصور فقد كان الأثر الرجعي لتحقيق الشرط الواقف مختلفاً فيه بين الفقهاء المدرسين ، ولم يكن لتحقيق الشرط الفاسخ في هذا العهد المدرسي أثر رجعي . وإنما جعل لتحقيق الشرط أثر رجعي في جميع الصور في عهد جوستينيان (جيران الطبعة الثالثة ص ٥٠٨ — شوس Chausse في مقاله في الأثر الرجعي للصرفات في المجلة الانتقادية سنة ١٩٠٠ ص ٥٢٩ — ص ٥٤٧ — بلانفول وريير وردوان ٧ فقرة ١٠٣٧ ص ٣٨٦ — ص ٣٨٧) .

(٢) انظر في هذه المسألة : رسالة فلدريمان Felderman باريس سنة ١٩٢٥ — مرلان Merlan في مجلة القانون المدني الفصلية سنة ١٩٤٨ ص ٢٧١ وما بعدها — تقرير هوان Houin وكرافيه جان Xavier Janne في مجموعة أعمال جمعية هنري كابتان ٣ ص ٢٤٢ وما بعدها .

النتائج التي تترتب على تحقق الشرط ، ومن ثم لا يجوز التوسع في أعمال هذا الأثر الرجعي ، بل يجب قصره على الأحوال التي قصد المشرع صراحة أو ضمناً أن يكون لتحقيق الشرط فيها هذا الأثر (١) . ولكن هذا الرأي لا يحل الإشكال ، إذ يبقى أن نعرف لماذا افترض المشرع هذا الافتراض الوهمي في النتائج التي رتبها على تحقق الشرط .

ومن الفقهاء من يذهب إلى أن الأثر الرجعي لتحقيق الشرط ليس إلا تعبيراً ملائماً للقول بأن تحقق الشرط ليس من شأنه إلا تثبيت حق كان موجوداً من قبل ، وهذا التثبيت (confirmation) هو كل المقصود بالأثر الرجعي . وعلى هذا المعنى لا يكون الأثر الرجعي افتراضاً وهمياً من جانب المشرع ، بل هو استجابة لحقيقة واقعة ، فالحق المعلق على شرط موجود منذ وجود الاتفاق ، وما تحقق الشرط بمنشئ له بل هو تثبيت لوجوده (٢) . ولكن يؤخذ على هذا الرأي أنه يقتصر على تفسير الشرط الواقف دون الشرط الفاسخ . ويؤخذ عليه ، حتى في تفسيره للشرط الواقف ، أنه يفرض أن الحق المعلق على شرط واقف موجود منذ البداية وتحقق الشرط إنما يقتصر على تثبيته ، وهذا التفسير مصادرة على المطلوب ، فإن وجود الحق منذ البداية لم تقل به إلا لأن للشرط أثراً رجعياً ، فلا يجوز أن يفسر هو نفسه هذا الأثر الرجعي (٣) .

ويذهب كولان وكايتان إلى أن الأثر الرجعي للشرط ليس إلا تطبيقاً للمبدأ القاضي بأن فاقد الشيء لا يعطيه (nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipso habet) . فصاحب الحق المعلق على شرط واقف أو على شرط فاسخ لا يستطيع أن يتصرف في هذا الحق إلا تحت الشرط الواقف

(١) أوبري ورو وبارتان ٤ فقرة ٣٠٢ ص ١٠٦ هامش رقم ٦٠ مكرر ثالثاً —
بودري وبارد ٢ فقرة ٨٠٩ — بلانيول وريير وبونجييه ٢ فقرة ١٣٦٦ .
(٢) ديمولوب ٢٥ فقرة ٣٧٧ — لاروميير ٢ م ١١٧٩ فقرة ٩ — ماركاديه ٤
م ١١٧٩ فقرة ٥٥٨ .

(٣) ويذهب إهرنج إلى أن القانون الروماني كان يقول بالأثر الرجعي ، ويفسر ذلك باعتبارات عملية ، وبأن الحق قد وجدت بذاته منذ البداية كالجنين ، وإن كان المنطق يقضي بالألا يكون هناك أثر رجعي ، وأنه يجب التمسك حتى يولد الحق (إهرنج في روح القانون الروماني ٤ ص ١٦٧) .

أو الشرط الفاسخ ، وإلا أعطى أكثر مما يملك (١) . ولكن هذا التفسير لا يكفي لتأسيس الأثر الرجعى ، فإذا كان المالك تحت شرط فاسخ لا يستطيع أن ينقل للغير أكثر مما يملك ، فإن هذا لا يمنعه من أن ينقل ما يملك . وهو يملك حقاً معلقاً على شرط فاسخ ، فيستطيع أن ينقله ، حتى إذا ما تحقق الشرط لم ينتج أثره إلا من وقت تحققه لا منذ البداية . فالمبدأ القاضى بأن فاقد الشيء لا يعطيه لا يقتضى حتماً الأخذ بمبدأ الأثر الرجعى لتحقيق الشرط (٢) .

وقد ذهب بعض رجال الفقه الحديث إلى إنكار الأثر الرجعى للشرط ، إذ يرونه مجازياً للواقع ، ومعطلاً لحرية تصرف المالك فى ملكه ، وضاراً بالغير إذ يبقّى على اللوام مهدداً بهذا الأثر الرجعى ، وبذلك تتعقد المعاملات ولا تستقر الحقوق (٣) . وقد عملت بعض التقنينات الحديثة فعلاً إلى إنكار أن

(١) كولان وكايتان ٢ فقرة ٦٥٨ - ولكنهما يقولان أيضاً أنه يجب عدم اعتبار الأثر الرجعى مبدأ عاماً ، بل الأصل هو أن الأثر لا يترتب إلا عند تحقق الشرط ، مع استثناء بعض حالات يكون فيها الأثر الرجعى تفسيراً قوياً لفكرة تثبيت الحق الموجود من قبل (كولان وكايتان ٢ فقرة ٦٥٩) . والفقيهان يقلبان الوضع بذلك ، فإن الأصل هو الأثر الرجعى والمنكس هو الاستثناء .

(٢) أنظر فى هذا المعنى بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٠٣٧ ص ٣٨٩ - ص ٣٩٠ . (٣) كولان وكايتان ٢ فقرة ٦٥٩ - بلانيول وريبير وبولانجي ١ فقرة ٣٣٠ و ٢ فقرة ١٣٧٣ . ويقول بيدان ولاجارد (٨ ص ٥٤١ هامش رقم ١) أنه منذ آخر القرن التاسع عشر أغلغ بعض رجال الفقه الحديث ينتقدون فكرة الأثر الرجعى لتحقيق الشرط ، وبخاصة رجال الفقه الرومانى تحت تأثير ونشاید (Windscheid) ، إذ ذهبوا إلى أن الأثر الرجعى فى نظرية الشرط تزييدٌ يميّز الباحث (جيرار الطبعة الثامنة ص ٥٠٧ - ٥٠٨) .

وجاء فى الموجز المؤلف عن المذهب المنكر للأثر الرجعى ما يأتى : « وهناك مذهب حديث ينكر أن يكون لشرط أثر رجعى ، ويرى أن إستاذ أثر الشرط لتاريخ سابق على تحققه أو تخلفه أمر مخالف لطبيعة الأشياء ، وأن الطبيعي هو أن ينتج تحقق الشرط أو تخلفه ما يترتب عليه من الأثر من الوقت الذى وقع فيه هذا التحقق أو هذا التخلف لا قبل ذلك ، لأن تحقق الشرط أو تخلفه هو العلة لهذا الأثر والمعلول لا يسبق العلة . ويدعم المذهب هذه الحجة المنطقية باعتبارات تاريخية وعلمية . فن الناحية التاريخية يستند إلى أن القانون الرومانى لم يقرر مبدأ الأثر الرجعى لشرط كقاعدة عامة ، بل أن هناك نصوصاً وردت فى هذا القانون تتناقض مع الأثر الرجعى . ولم يخرج فقهاء القانون الفرنسى القديم عن تقاليد القانون الرومانى فى هذا الصدد ، ولم يأتى بوتييه إلا (بمحاثين) يفسرها بالأثر الرجعى . وقد نقل قانون نابليون نظرية الأثر الرجعى للشرط عن بوتييه ، فلم يرد أن يخرج بها عن صورها التقليدية الضيقة . أما من الناحية العملية فإن نظرية الأثر الرجعى ليست ضرورية بالنسبة لبعض النتائج ، وليست صحيحة بالنسبة -

يكون لتحقيق الشرط أثر رجعي ، كما فعل التقنين الألماني وتفنن الالتزامات

٣ - لبعض النتائج الأخرى . فهي ليست ضرورية بالنسبة لنتائج التي سبق إيرادها كتطبيق لها ، ويمكن تفسير هذه النتائج بغير نظرية الأثر الرجعي : (١) فالحق المعلق على شرط موقف ينتقل إلى الورثة لأن له وجوداً احتمالياً كما قدمنا ، فينتقل بمجتهله هذه من المورث إلى الوارث ، ولا حاجة في تفسير هذا الحكم إلى القول بالأثر الرجعي . (٢) والرهن الذي يضمن حقاً مطلقاً على شرط موقف يعتبر تاريخه من وقت الاتفاق على الرهن لا من وقت تحقق الشرط ، لأن الحق كان له وجود احتمال وقت الاتفاق على الرهن ، وإذا كان الرهن جائزاً لفهات الأشياء المستقبلية فأول أن يجوز لفهات الأشياء الموجودة ولو كان وجودها احتمالياً . (٣) وتصرف الدائن في حق معلق على شرط موقف تصرف في شيء موجود ولو وجوداً احتمالياً . أما تصرفه في حق معلق على شرط فاسخ ، وزوال هذا التصرف بتحقيق الشرط ، فيرجع إلى أن الشخص لا يستطيع أن ينتقل إلى الغير أكثر مما يملك ، والدائن وقت تصرفه في الحق المعلق على شرط فاسخ كان بتصرف في حق قابل للزوال ، فلا يستطيع أن ينتقل إلى الغير إلا حقاً قابلاً للزوال . (٤) وإذا أدى المدين حقاً مطلقاً على شرط موقف ، فإنه لا يستطيع أن يسترد ما دفع بعد تحقق الشرط ، لأن الحق قد وجد في ذمته وجوداً مؤكداً بتحقيق الشرط قبل أن يطالب بالاسترداد ، فلا يجوز له بعد ذلك أن يطالب باسترداد ما دفعه وفاء لحق مؤكداً في ذمته . أما إذا أدى حقاً مطلقاً على شرط فاسخ ثم تحقق الشرط ، فله أن يسترد ما دفعه لأنه عند ما استرد لم يكن هناك حق مترقب في ذمته يمنع من الاسترداد . ونظرية الأثر الرجعي ليست صحيحة بالنسبة لنتائج الآتية : (١) إذا كان الحق المعلق على شرط موقف متعلقاً بعين ، وهلكت العين قبل تحقق الشرط ، فإنها تهلك على المدين حتى لو تحقق الشرط بعد الهلاك . وقد تقدم ذكر هذا الحكم . وهو حكم يتناقض مع نظرية الأثر الرجعي ، إذ لو كان لتحقيق الشرط أثر رجعي في هذا الفرض . لاعتبرت العين مملوكة للدائن من وقت الاتفاق لا من وقت تحقق الشرط ولكانت وقت الهلاك ملك الدائن ، فكانت تهلك عليه لا على المدين . (٢) إذا طهر الخائر لعقار مرهون العقار من الرهن ، وكان يملكه بشرط فاسخ ، ثم تحقق الشرط ، فلا يكون لتحقيقه أثر رجعي بالنسبة لتطهير العقار ، ويبقى العقار مطهراً من الرهن . (٣) إذا أخذ الشفيع عقاراً بالشفعة ، وكان يملك العقار المشفوع به بشرط فاسخ ، ثم تحقق الشرط ، فلا يكون لتحقيقه أثر رجعي بالشفعة ، ويبقى الشفيع مالكا للعقار المشفوع فيه . (٤) إذا كان الحق مطلقاً على شرط موظف ، فلا يسرى التقادم بالنسبة له إلا من وقت تحقق الشرط ، ولا يكون لتحقيق الشرط أثر رجعي في هذه الحالة . (٥) إذا قام الدائن بعمل الإدارة في الحق المعلق على شرط فاسخ ، كأن آجر المشتري وفاء العين لا عن غش ولعدة لا تزيد على ثلاث سنوات ، ثم تحقق الشرط ، فلا يكون لتحقيقه أثر رجعي بالنسبة للإيجار ، بل يبقى الإيجار سارياً في حق البائع وفاء إذا استرد العين المبيعة . (٦) . . . فيبين من ذلك أن الفروض التي لا تطبق فيها نظرية الأثر الرجعي لاتقل عن الفروض التي تطبق فيها هذه النظرية ، وإن هذه الفروض الأخيرة يمكن تفسيرها بغير نظرية الأثر الرجعي . فلا حاجة لنا إذن بنظرية غير ضرورية في بعض التطبيقات وغير صحيحة في البعض الآخر . (الموجز للمؤلف فقرة ٤٨٠) .

السويسرى (١) . ولم يستبق الأثر الرجعى إلا التقنيات اللاتينية ، وتعد سار على نهجها التقنين المصرى ، القديم (٢) والجديد .

والصحيح فى نظرنا أن فكرة الأثر الرجعى لتحقيق الشرط تستتبع فى أكثر الأحوال لظروف التعاقد ولنية المحتملة للمتعاقدين . ذلك أن المتعاقدين لا يعرفان وقت التعاقد إن كان الشرط يتحقق أولاً يتحقق . ولو أنها كانا يعرفان ذلك لما علقا العقد على الشرط ولجعلاه عقداً بسيطاً منجزاً (٣) . فيمكن إذن فى كثير من الاطمئنان تفسير نيتهما على أنها إنما أرادا أن يسندا أثر العقد إلى وقت التعاقد لا إلى وقت تحقق الشرط .

ومن أجل ذلك لم يجعل المشرع مبدأ الأثر الرجعى من النظام العام فلا يجوز مخالفته ، بل جعل للمتعاقدين الحق فى أن يفصحا عن نيتهما ، فإن كانا لا يريدان أن يجعلا للشرط أثراً رجعياً فليس عليهما إلا أن يبينا ما أرادا ، وعند ذلك لا يكون لتحقيق الشرط أثر رجعى ، لأن النية الحقيقية للمتعاقدين قد تعارضت مع النية المحتملة ، ولاشك فى أن الأولى تنسخ الثانية . وليس على المتعاقدين

(١) انظر المواد ١٥٨ و ١٦٩ و ١٦١ من التقنين المدنى الألمانى . وهذه النصوص تقضى بأن الشرط ، واقفاً كان أو فاسخاً ، ليس لتحقيقه أثر رجعى ، إلا إذا اتفق الطرفان على أن يكون لتحقيقه هذا الأثر فى العلاقة فيما بينهما . والحقوق البينية التى تصدر ، أثناء تعلق الشرط ، من ناقلة الملكية تحت شرط واقف أو من مطلقها تحت شرط فاسخ ، تسقط بتحقيق الشرط ، ولكن هذا لا يبنى إطلاقاً أن لتحقيق الشرط أثراً رجعياً ، فإن هذه الحقوق إنما تسقط من وقت تحقق الشرط ، فلا يزيد أثر تحقق الشرط هنا عن أثر حلول الأجل الفاسخ (بودوى وبارد ٢ ص ٤١ - ص ٤٢) .

وانظر المادتين ١٧١ و ١٧٤ فقرة ثانية من تقنين الالتزامات السويسرى وهما تنفيان الأثر الرجعى لتحقيق الشرط إلا إذا اتفق المتعاقدان على غير ذلك .

(٢) استئناف مختلط ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ١٢ - ٢ نوفمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٢٩ - ١٤ يوفيه سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٥٥٠ .

(٣) وقد جاء فى الموجز للمؤلف فى هذا المعنى : « وأنصار هذا المذهب يدافعون عنه بأنه يترجم بأمانة عن النية الحقيقية للمتعاقدين ، فإن هذين لو علما وقت الاتفاق هل يتحقق الشرط أو يتخلف لبنيا تعاقدتهما على هذا الحساب منذ الاتفاق . فإذا كانا قد جهلا النيب ، ولم يعلما بتحقيق الشرط أو بتخلفه وقت الاتفاق ، فليس هذا الجهل الاضطرارى مانعاً من أنهما يريدان إرجاع أثر الشرط إلى وقت الاتفاق ، وقد كان يعملان ذلك لو أنهما استطاعا أن يتبيننا مآل الشرط منذ ذلك الوقت » (الموجز للمؤلف فقرة ٤٧٩ ص ٤٨٧ وهامش رقم ١)

(م - الوسيط)

ضير من الأثر الرجعي ماداما يقصدان هذا الأثر ، ولا على الغير ضير من ذلك أيضاً مادامت قواعد الشهر تحمي الغير من المفاجآت (١). ويستطيع المشرع أن يفرض أن إرادة المتعاقدين قد انصرفت إلى الأثر الرجعي إلا إذا ظهر العكس ، كما فعل التقنيان الفرنسي والمصري . كما يستطيع أن يفرض أنهما أرادا الأثر الفوري إلا إذا ظهر العكس ، كما فعل التقنيان الألماني والسويسري . والفروق العملية ما بين الطريقتين فروق محدودة ، فكل طريقة تقرر أصلاً ثم تستثنى منه ، وتكادان تتفقان على حدود الأصل والاستثناء . ولكن الأفضل التمشي مع النية المحتملة للمتعاقدين ، وجعل الأصل هو الأثر الرجعي لتحقيق الشرط . لذلك نرى أن التقنين المدني الجديد لم يخطئ في استبقائه لمبدأ الأثر الرجعي على غرار التقنينات اللاتينية ، مع تقييد هذا الأصل باستثناءات تقتضيها حاجات التعامل (٢). وهذا ما تنتقل الآن إلى بيانه .

(١) انظر بيدان ولاجارو ٨ فقرة ٧٤١ — چوسران ٢ فقرة ٤٧٢ — فقرة ٧٤٣ — أنسيكلوبيدي دالوز ١ لفظ (Condition) جان دي جاردو دي ميشيني (Jean de Garreau de la Méchenie) فقرة ٥٥ - وانظر المادة ١١٠ من المشروع الفرنسي الإيطالي - وقارن كولان وكايتيان ٢ فقرة ٦٥٩ ص ٤٥٠ - الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٨٩

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٩ - ص ٢٠) في هذا الصدد ما يأتي : « ولم يعد المشروع في هذا الشأن عما جرت عليه التقاليد اللاتينية ، بل جعل الأصل في أثر الشرط أن يستند أو ينحطف إلى الماضي فيما عدا استثناءات معينة . فالقاعدة العامة هي انسحاب أثر تحقق الشرط الموقف أو الفاسخ إلى وقت التماقد . والواقع أن هذا الحكم ليس إلا تفسيراً معقولاً لإرادة المتعاقدين ، فلو أنهما كانا من مبدأ الأمر على يقين من تحقق الشرط ، لردا أثره إلى وقت انعقاد العقد . ويتفرع على فكرة استناد أثر الشرط أن الدائن بالتزام معلق على شرط موقف يترتب حقه لا من وقت تحقق الشرط فمضب ، بل من تاريخ انعقاد العقد . وكذلك الشأن في حق الدائن بالتزام معلق على شرط فاسخ ، فهو يعتبر كأن لم يكن قد ترتب قط ، لا من وقت تحقق الشرط بل من تاريخ انعقاد العقد . وإذا كان التقنين الألماني والتقنين السويسري قد أعرضا عن فكرة استناد أثر الشرط وشايتهما في ذلك تقنينات كثيرة ، فن الحق أن هذه التقنينات جميعاً لم تمض في هذا السبيل إلى أقصى من غايتها . فهي تخفف من آثار عدم الاستناد إلى حد بعيد بمقتضى طائفة من التصرف الخاصة (أنظر المواد ١٥٩ - ١٦١ من التقنين الألماني) . والحق أن شقة الخلاف بين المذهب اللاتيني والمذهب الجرماني ، فيما يتعلق بأثر الشرط ، ليست من السمة كما قد يحسب البعض . فالأحكام العملية أو التطبيقية تكاد تتألف في ظل كل من هذين المذهبين ، والواقع أن الخلاف بينهما لا يمد =

٤٣ - ما يترتب من النتائج على الأثر الرجعي لتحقق الشرط :

ونشير إلى بعض من النتائج الهامة التي تترتب على الأثر الرجعي لتحقيق الشرط فيما يأتي :

(١) التصرفات التي تصدر من صاحب الحق المعلق على شرط واقف تصبح ، عند تحقق الشرط ، نافذة منذ البداية (١) . فلو أن مالكا لعين تحت شرط واقف باع هذه العين أو رهنها ، ثم تحقق الشرط الواقف ، فإنه يتحقق بأثر رجعي لا بالنسبة إلى المالك تحت شرط واقف وحده ، بل أيضاً بالنسبة إلى المشتري منه أو المرتهن . فيعتبر المالك تحت شرط واقف بعد تحقق الشرط مالكا للعين منذ البداية (٢) ، ويترتب على ذلك أنه يعتبر مالكا للعين وقت أن باعها للغير أو رهنها . ومن ثم تنتقل الملكية إلى المشتري أو ينشأ حق الرهن للدائن المرتهن لا من وقت تحقق الشرط الواقف ، بل من وقت التعاقد مع المالك (٣) . وعكس ذلك هو

= أن يكون خلافاً في التصور لا أكثر . فالمذهب اللاتيني يحمل من استناد أثر الشرط قاعدة عامة ويميز مع ذلك الاتفاق على عكسها ، بينما يحمل المذهب الجرماني من عدم استناد هذا الأثر قاعدة عامة مع إباحة الخروج عليها .

(١) استئناف أهل أول ديسمبر سنة ١٨٩٨ الحقوق ١٤ ص ٢٦ - بنى سوف ١٣ مارس سنة ١٨٩٢ الحقوق ٩ ص ٣٥ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن ما تضمنته قائمة مزاد استبدال الألبان الموقوفة من أن من يرسو عليه المزاد لا يستحق في الربيع إلا إذا وافقت المحكمة الشرعية على الاستبدال ، وأنه إلى أن يتم ذلك لا مسئولية على وزارة الأوقاف في شيء يتعلق بالمقار التي يكون في هذه الحالة تحت يدها ولها حق تأجيله واستغلاله ، وأن الراس عليه المزاد ملزم باحترام عقود التأجير الصادرة منها ولو كان ذلك قبل تاريخ توقيع الصيغة الشرعية بيوم واحد ، ما تضمنته القائمة من ذلك لا يسوغ القول باعتبار هذا البيع مطلقاً على شرط فاسخ ، وذلك لأن إجازة الاستبدال من المحكمة الشرعية ، ثم توقيع صيغته منها ، ليست شرطاً فاسخاً وإنما هي شرط واقف ، ولو أن النتيجة بالنسبة إلى موضوع النزاع لا تختلف بخلاف الشرط إن اعتبر فاسخاً أو بتحقيقه إن كان واقفاً ، فإنه في كلتا الحالتين يكون البيع نافذاً من وقت رسو المزاد لا من وقت توقيع الصيغة الشرعية (نقض مدني ٩ مايو سنة ١٩٤٠ مجموعة محرر ٣ رقم ٥٩ ص ٢٠٤) .

(٣) وإذا باع شخص داراً تحت شرط واقف هو أن يرسل لسكنى مدينة أخرى ، ثم باع نفس الدار بعد ذلك يوماً متجزاً إلى شخص آخر ، ثم تحقق الشرط ورحل لسكنى المدينة الأخرى ، فقد اختلف الفقهاء في فرنسا في مصير البيع الثاني بعد أن تحقق الشرط الواقف وزالت الملكية من البائع بأثر رجعي فأصبح غير مالك عند صدور البيع الثاني منه . وقد ذهب أوبري ورو إلى =

الذى يترتب على الأثر الرجعى لتحقق الشرط الفاسخ . فلو أن مالكا تحت شرط فاسخ تصرف فى العين ببيع أو برهن ، ثم تحقق الشرط الفاسخ بأثر رجعى فاعتبر أنه لم يكن مالكا منذ البداية ، فإن البيع الذى صدر منه أو الرهن يكون قد صدر من غير مالك ، فلا تنتقل الملكية إلى المشتري ، ولا ينشأ حق الرهن للدائن المرتهن . ويلاحظ أن هذا الحكم الأخير ، فى حالة المنقول ، يخفف من حدته قاعدة أخرى هى القاعدة التى تقضى بأن الحيازة فى المنقول سند الملكية . فلو كان المبيع أو المرهون منقولا ، وكان البائع أو الراهن مالكا تحت شرط فاسخ ، ثم تحقق الشرط بأثر رجعى ، فزالت عن المالك الملكية منذ البداية ، فإن المشتري أو الدائن المرتهن ، وإن اعتبر أنه تعامل مع غير مالك فلا ينتقل إليه الحق بالعقد ، ينتفع من جهة أخرى بقاعدة الحيازة فى المنقول ، فينتقل إليه الحق بالحيازة .

(٢) إذا باع شخص عقارا تحت شرط واقف ، فأصبح هو نفسه مالكا تحت شرط فاسخ ، ثم نزع دائن مرتهن للبائع ملكية العقار ، وتحقق الشرط بعد ذلك ، فإن الأثر الرجعى لتحقيقه يجعل المشتري مالكا منذ البيع لا منذ تحقق الشرط ، فإن كان الدائن المرتهن الذى نزع الملكية لم يقيد حقه إلا بعد تسجيل البيع ، فإن نزع الملكية لا ينفذ فى حق المشتري . أما إذا كان الرهن قد قيد قبل تسجيل البيع ، فانه يكون نافذاً فى حق المشتري ، فينفذ فى حقه أيضاً نزع الملكية (١) .

= أن الشرط إرادى ، فلا يجوز أن يكون له أثر رجعى بالنسبة إلى المشتري الثانى (أوبرى ورو ٤ - فقرة ٣٠٢ ص ١٠٩ وهامش رقم ٦٦ - انظر أيضاً : تولى ٦ - فقرة ٥٤٦ - ترولونج فى الرهن الرسمية ٢ - فقرة ٤٧٤) . ولكن بودرى وبارد يذهبان إلى أن الشرط هنا ليس شرطا إراديا محضا ، إذ هو خاضع لطروف وملابسات لا سيطرة للملزم عليها ، فالشرط صحيح ، وإذا تحقق كان لتحقيقه أثر رجعى حتى بالنسبة إلى الغير ، فيعتبر المشتري الثانى قد اشترى من غير مالك ، وتكون ملكية الدار للمشتري الأول (بودرى وبارد ٢ - فقرة ٨٢٥ - وانظر أيضاً : لاروميير ٢٢ ١١٧٩ فقرة ١٠ - ديمولومب ٢٥ فقرة ٣٨٦ - فقرة ٣٨٧ - لوران ١٧ فقرة ٨٦ - هيك ٧ - فقرة ٢٥٦) .

(١) بودرى وبارد ٢ فقرة ٨١٩ - فإذا فرض أن المقار المبيع تحت شرط واقف كان متقلا برهن صادر من البائع للبائع تحت شرط واقف ، فإن "بائع تحت شرط واقف" - وهو مالك فى الوقت ذاته تحت شرط فاسخ - يعتبر بالنسبة إلى الرهن حازرا للمقار المرهون . فإذا =

وإذا كان بيع العقار معلقاً على شرط فاسخ ، ونزع ملكية العقار دائن مرتين للمشتري تحت شرط فاسخ . وتحقق الشرط : فان نزع الملكية لا ينفذ في حق البائع الذي استعاد ملكيته بأثر رجعي بمجرد تحقق الشرط ، فلا ينفذ في حقه الرهن الذي رتبه المشتري ، ومن ثم لا ينفذ في حقه نزع الملكية (١) .

(٣) إذا كان المدين تحت شرط واقف قد اعتقد خطأ أن الشرط قد تحقق فوفى بالدين ، فقد قدمنا أن له أن يسترده وفقاً للقواعد العامة في دفع غير المستحق . ولكن جواز الاسترداد مقصور على المرحلة التي يكون فيها الشرط معلقاً ، فإذا ما تحقق الشرط فانه يتحقق بأثر رجعي ، ويتبين أن المدين وقت أن دفع كان مديناً فعلاً ، فلا يستطيع أن يسترد ما وفاه (٢) .

وعكس ذلك هو الذي يترتب على الأثر الرجعي لتحقيق الشرط الفاسخ . فلو أن المدين أدى للدائن تحت شرط فاسخ حقه ، فانه يكون مؤدياً لدين مستحق عليه فلا يستطيع أن يسترده ما دام الشرط معلقاً . فإذا ما تحقق الشرط زال حق الدائن بأثر رجعي ، وكان للمدين أن يسترد ما دفع ، إذ يتبين أنه وقت أن دفع لم يكن مديناً فيكون قد دفع غير المستحق .

(٤) إذا ارتهن دائن تحت شرط واقف عقاراً ضماناً لدينه ، وقيد الرهن قبل تحقق الشرط ، فان مرتبة الرهن تكون من يوم قيده لا من يوم تحقق الشرط ،

= طهره من الرهن ، ولم ينته التطهير إلى نزع الملكية ، ثم تحقق الشرط ، فأصبح المشتري تحت شرط واقف مالئاً للعقار منذ البداية ، فانه يأخذه مطهراً من الرهن ، ولا تزول إجراءات التطهير بتحقيق الشرط . أما إذا انتهى التطهير إلى نزع الملكية ، فإن نزع الملكية يكون نافذاً في حق المشتري تحت شرط واقف عند تحقق الشرط ، لأن الرهن كان نافذاً في حقه (لاروسبيير ١١٨١ م ٧ - لوران ١٧ - بودي وبارد ٩٤ - بودي وبارد ٢ - فقرة ٨١٩ ص ٤٦ هامش رقم ٢) .

(١) بودي وبارد ٢ - فقرة ٨٢٠ - أما إذا وجد على العقار رهن صادر من البائع ، فإن نزع الملكية ولو تم بناء على طلب دائن مرتين للمشتري ، يكون نافذاً في حق البائع وفاء الرهن الصادر منه هو (بودي وبارد ٢ - فقرة ٨٢٠) .

(٢) بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ - فقرة ١٣٧١ - جوسران ٢ - فقرة ٧٤٢ .

إذ يعتبر الدين موجوداً وقت قيد الرهن بفضل الأثر الرجعي لتحقيق الشرط (١).
(٥) يعتبر عقد التأمين على الحياة عادة معلقاً على شرط واقف هو دفع القسط الأول من التأمين ، فإذا دفع المؤمن عليه هذا القسط تحقق الشرط بأثر رجعي . واعتبر عقد التأمين نافذاً من وقت التعاقد لا من وقت تحقق الشرط .
فلو أن شخصاً أمن على حياته ، ثم مات قبل حلول القسط الأول ، ودفع هذا القسط من تركته ، فإن عقد التأمين يعتبر نافذاً قبل وفاة المؤمن على حياته ، ومن ثم يكون مبلغ التأمين مستحقاً .

(٦) للدائن تحت شرط واقف ، إذا تحقق الشرط ، أن يضمن بالدعوى البولصية في تصرفات مدينه ، حتى ما كان منها سابقاً على تحقق الشرط ، فإن حقه يعتبر ، بفضل الأثر الرجعي ، موجوداً منذ الاتفاق عليه لا منذ تحقق الشرط ، ومن ثم يعتبر سابقاً على تصرف المدين (٢) .

(٧) إذا كسب شخص حقاً معلقاً على شرط واقف ، في ظل تشريع معين ، وقبل تحقق الشرط صدر تشريع جديد من شأنه أن يؤثر في هذا الحق ، ثم تحقق الشرط ، فإن التشريع الذي يسرى هو التشريع القديم لا التشريع الجديد ، إذ يعتبر الحق ، بفضل الأثر الرجعي ، موجوداً منذ البداية أي منذ أن كان التشريع القديم سارياً (٣) .

(١) بلانيول وريبير وهولانجيه ٢ فقرة ١٣٧٠ - وجاء في الموجز المؤلف : « فلو أن مديناً كتب على عقاره رهنًا يضمن التزاماً في ذمته مطلقاً على شرط واقف ، وقبل تحقق الشرط كتب على نفس العقار رهنًا آخر يضمن التزاماً في ذمته منجزاً ، ثم تحقق الشرط ، فإن الالتزام الذي كان معلقاً على هذا الشرط يعتبر موجوداً من وقت الاتفاق عليه لا من وقت تحقق الشرط ، ويكون الرهن الضامن لهذا الالتزام سابقاً في التاريخ الرهن الضامن للالتزام المنجز » (الموجز فقرة ٤٧٩ ص ٤٨٨) .

ويقول بودرى وبارد في هذه المسألة أن هذا لا يدل على أثر رجعي ، فالدين الاحتياكي إذا أعطى به رهن وقيد الرهن ، كانت مرتبته من وقت القيد لا من وقت وجود الدين ، مع أنه لا محل في هذه الحالة للقول بالأثر الرجعي (بودرى وبارد ٢ فقرة ٨١٤) .
وتنص المادة ١٠٥٧ مدني على أن « تحسب مرتبة الرهن من وقت قيده ، ولو كان الدين المضمون بالرهن مطلقاً على شرط أو كان ديناً مستقبلاً أو احتياطياً » .

(٢) بودرى وبارد ٢ فقرة ٨١٣ .

(٣) أوبري ورو ٤ فقرة ٣٠٢ ص ١٠٥ .

٤٤ - الاستثناءات من مبدأ الأثر الرجعي لتحقق الشرط

هذه الاستثناءات ذكرتها النصوص صراحة ، وهي أربعة (١) :

(١) فقد قدمنا أن الفقرة الثانية من المادة ٢٦٩ مدني تقضى بأن أعمال الإدارة التي تصدر من الدائن تبقى نافذة رغم تحقق الشرط الفاسخ . وكان مقتضى الأثر الرجعي لتحقق الشرط الفاسخ أن تسقط هذه الأعمال ، ولكنها تبقى نافذة بالرغم من تحقق الشرط ما دامت قد تمت بحسن نية في الحدود المألوفة للإدارة ، وقد تقدم بيان ذلك (٢) . ومن أعمال الإدارة كما رأينا ، الإيجار لمدة لا تزيد على ثلاث سنوات ، وقبض الأجرة وقبض المحصولات والثمار (٣) ، وبيعها ، وقيد الرهن ، وتجديد القيد ، وقسمة العين الشائعة ، وتطهير العقار المرهون (٤) .

(٢) ثم أن المادة ٢٧٠ مدني أوردت ، كما رأينا ، ثلاثة استثناءات أخرى من مبدأ الأثر الرجعي لتحقق الشرط : (١) إذا تبين من إرادة المتعاقدين

(١) ويلاحظ أن منطقة الأثر الرجعي لشرط ، بل منطقة الشرط نفسه ، محصورة في الشرط وهو ينشأ من إرادة المتعاقدين ، فقد قدمنا أن الشرط لا مصدر له إلا الإرادة . أما حيث يقرر القانون شرطا يطلق عليه حكماً من الأحكام ، فذلك لا يعتبر شرطا كما رأينا ، وليس لتحققه أثر رجعي ، فإن الحكم المشروط لا يوجد ولا يثبت إلا عند تحقق شرطه ، أما قبله فلا ، لأن الأصل أن الأثر لا يسبق المؤثر (فقص مدني ٢١ فبراير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمره رقم ١١٢ ص ٢٦٥) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٤٠ .

(٣) ديمولوب ٢٥ فقرة ٤٠٠ وما بعدها — بودري ، وبارد ٢ فقرة ٨٢٤ — انظر عكس ذلك : تولى ٦ فقرة ٥٦٣ — لوران ١٧ فقرة ٥٨ — كذلك إذا دفع المالك تحت شرط فاسخ التأمين ، ثم تحقق الشرط وزالت ملكيته بأثر رجعي ، فلا يسترد الأقساط التي دفعها ، لأن دفع أقساط التأمين يعتبر من أعمال الإدارة (بيدان ولا جارد ٨ ص ٥٤٤ هاشم رقم ١) .

(٤) وقد قدمنا أن المالك تحت شرط فاسخ له حق الأخذ بالشفعة ، فإذا أخذ عقاراً بالشفعة ، ثم تحقق الشرط الفاسخ فزالت ملكيته من العقار المشفوع به ، فإن الأثر الرجعي لتحقيق الشرط لا يؤثر في ملكيته للعقار المشفوع فيه ، بل يستبقى هذا العقار . ولا يرجع ذلك إلى أن الأخذ بالشفعة يعتبر من أعمال الإدارة ، بل إلى اعتبارات عملية تتعلق بوجوب استقرار التمتع . وما يخل بهذا الاستقرار أن يجبر الشفيع ، بعد الأخذ بالشفعة ، أن يرد العقار المشفوع فيه إلى المشتري ، أو أن يباح له هذا الرد .

أنهما استبعدا الأثر الرجعى . (ب) إذا كانت طبيعة العقد تستعصى على الأثر الرجعى . (ج) إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن لسبب أجنبى قبل تحقق الشرط .

أما أن إرادة المتعاقدين قد تستبعد الأثر الرجعى . فهذا هو الذى يتفق مع الأساس الصحيح الذى يقوم عليه الأثر الرجعى فيما قدمناه . فقد أسلفنا أن الأثر الرجعى إنما يقوم على نية المتعاقدين المحتملة ، فإذا تعارضت هذه النية مع النية الحقيقية ، فلا شك فى أن النية الحقيقية هى التى يعمل بها . ومن ثم يكون للمتعاقلين أن يستبعدا ، صراحة أو ضمنا ، كل أثر رجعى للشرط . على أنه يجب التشدد فى استخلاص النية الضمنية للمتعاقلين فى استبعاد الأثر الرجعى ، فان القانون صرف نيتهما المحتملة إلى استبقاء هذا الأثر ، ولا بد من قيام دليل واضح على أنهما قصد العكس (١) .

(٣) وأما ما يرجع إلى طبيعة العقد فأهم تطبيق لذلك هو العقد الزمنى . ففى عقد الإيجار أو عقد العمل أو عقد التوريد إذا كان العقد معلقاً على شرط فاسخ ، وبقي منفذاً مدة من الزمن ثم تحقق الشرط ، فان طبيعة الأشياء هنا تستعصى على الأثر الرجعى ، إذ لا يمكن الرجوع فى الزمن ، وما تم من العقد يبقى ، ولا يفسخ العقد إلا عن المستقبل (٢) .

(٤) وأما ما يرجع إلى صيرورة تنفيذ الالتزام غير ممكن لسبب أجنبى قبل تحقق الشرط ، فنميز بين ما إذا كان الشرط واقفاً أو فاسخاً . فان كان واقفاً ، كما لو كان المالك لعين معينة قد باعها تحت شرط واقف وهلكت العين

(١) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٤٤ .

(٢) انظر فى العقد الزمنى الوسيط جزء أول فقرة ٦٥ - فقرة ٦٦ - وانظر بيدان ولاجارو ٨ فقرة ٧٤٧ . وما تستعصى طبيعته على الأثر الرجعى أن يتعاقد شخص مع آخر على أنه إذا باشر الأول عملاً معيناً استخدم فيه الثانى ، وبياشر الواعد هذا العمل المعين . فيستخدم الموعد له ، ولكن منذ القيام بالعمل ، لأن طبيعة التعاقد تستعصى على الأثر الرجعى . كذلك إذا وقف الدائن إجراءات التنفيذ تحت شرط فاسخ هو تأخر المدين فى دفع أحد أقساط الدين ، فإن تحقق الشرط الفاسخ ، وتأخر المدين فى دفع قسط ، لا يكون له أثر رجعى بالنسبة إلى الزمن الذى وقفت فيه إجراءات التنفيذ . فإن الزمن هنا ، كما فى العقد الزمنى ، إذا مضى لا يعود (استثناء مختلط ٢٠ مارس سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢١١) . والالتزام المعلق على شرط واقف لا يسرى فى حقه التقادم إلا منذ تحقق الشرط ، خلافاً لمبدأ الأثر الرجعى ، ومطابقة لطابع الأشياء .

في يده لسبب أجنبي قبل تحقق الشرط ، فيستوى هنا أن يكون للشرط أثر رجعي أو لا يكون . ذلك أنه إذا جعل له أثر رجعي ، وتبين أن العين قد هلكت وهي في ملك المشتري ولكن قبل أن يتسلمها ، فإن تبعة الهلاك تكون على البائع في القانون المصري ، كما لو لم يكن للشرط أثر رجعي (١) . أما في القانون الفرنسي فالأمر يختلف ، لأن تبعة الهلاك قبل التسليم في هذا القانون على المشتري ، فلا يكون للشرط أثر رجعي حتى لا تنتقل الملكية إلى المشتري ، فيبقى الهلاك على البائع (٢) . أما إذا كان الشرط فاسخاً ، كما لو كان المشتري تحت شرط فاسخ تسلم العين المبيعة وهلكت في يده لسبب أجنبي ، ثم تحقق الشرط الفاسخ ، فإن مقتضى الأثر الرجعي أن العين تعتبر عند هلاكها مملوكة للبائع فهلك عليه ، ولكن النص صريح في وجوب استبعاد الأثر الرجعي في هذه الحالة ، وتهلك العين على المشتري لا على البائع .

(١) وإذا فرض ، خلافاً للمألف ، أن البائع سلم المبيع للمشتري قبل تحقق الشرط ، وهلك المبيع في يد المشتري ، ثم تحقق الشرط ، فهنا يختلف الحكم : لو كان البيع منجزاً لكان الهلاك على المشتري في هذه الحالة لأنه تسلم المبيع ، أما وهو معلق على شرط واقف فالهلاك على البائع وفقاً لأحكام المادة ٢/٢٧٠ مدني (انظر الأستاذ عبد الحى حجازي ١ ص ١٨٠ . وقارب الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام ص ٢٦٦ هامش رقم ١) .

(٢) انظر في تبعة الهلاك فيما إذا كان الشرط واقفاً في القانون الفرنسي المادة ١١٨٢ من من التفتين المدني الفرنسي ، وانظر أيضاً بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٧٤٤ — فقرة ٧٤٥ .

الفصل الثاني

الأجل*

(Le terme)

٤٥ — قيام الاجل والاشارة التي تترتب عليه : نبحت في الاجل ، كما نبحتنا في الشرط ، أمرين :

(أولا) قيام الاجل ، ونعني بذلك كما عنينا في الشرط : (١) مقومات الاجل (٢) نوعي الاجل الواقف والفاسخ (٣) المصغر المنشئ للاجل وأى الحقوق يلحقها وصف الاجل .

(ثانيا) ما يترتب على الاجل بعد قيامه من الآثار .

وسنسير ، بقدر الإمكان ، في الاجل على نفس الترتيب والسياق الذي سرنا عليه في الشرط ، حتى نتبين الموافقات بينهما والمفارقات .

(*) مراجع : بنكاز (Bonnet) ٢ فقرة ٦٢٠ وما بعدها — أوبري ورو ٤ فقرة ٣٠٣ — بودرى وبارد ٢ فقرة ٩٦٨ وما بعدها — بلانويول وريير وجابول ٧ فقرة ٩٩٨ وما بعدها — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٦٩٨ وما بعدها — بلانويول وريير وهولانجه ٢ فقرة ١٤٩١ وما بعدها — كولان وكايتان ودى لامورانديير ٢ فقرة ٤٠١ وما بعدها — جوسران ٢ فقرة ٧٣٢ وما بعدها .

لاباتيه (Labatut) نظرة المصرة رسالة من تولوز سنة ١٩٢٧ — لاجرانج (Lagrange) أزمة العقد ومهمة القاضي (Le crise du contrat et le rôle du juge) رسالة من مونبليه سنة ١٩٣٥ — دفو (Deveau) نظرة المصرة في التقنين المدني والتشريعات المعاصرة رسالة من باريس سنة ١٩٣٧ — بزييه (Ponsier) نظرة المصرة رسالة من مونبليه سنة ١٩٣٧ — كاريه سيرات (Carré Serat) تأجيل الدين (moratoires) ونظرة المصرة رسالة من باريس سنة ١٩٣٨ — رولان توكيه (Roland Texier) نظرة المصرة رسالة من باريس سنة ١٩٣٨ — لورانس (Lorans) نظرة المصرة وتسوية الدين رسالة من يورجو سنة ١٩٤٠ — داتري (Datry) في حلول الدين (L'échéance) رسالة من ليون سنة ١٩٤٥ .

الفرع الأول

قيام الأجل

المبحث الأول

مقومات الأجل

٤٦ - النصوص القانونية : تنص المادة ٢٧١ من التقنين المدني على ما يأتي :

١ - يكون الالتزام لأجل إذا كان نفاذه أو انقضاؤه مترتباً على أمر مستقبل محقق الوقوع .

٢ - ويعتبر الأمر محقق الوقوع متى كان وقوعه محتملاً ، ولو لم يعرف الوقت الذي يقع فيه .

وتنص المادة ٢٧٢ على ما يأتي :

« إذا تبين من الالتزام أن المدين لا يقوم بوفائه إلا عند المقدرة أو الميسرة ، عين القاضى مياعداً مناسباً لحلول الأجل ، مراعيّاً في ذلك موارد المدين الحالية والمستقبلية ، ومقتضياً منه عناية الرجل الحرص على الوفاء بالالتزامه » (١) .

(١) تاريخ النصوص :

م ٢٧١ : ورد هذا النص في المادة ٣٩٢ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٢٨٣ من المشروع التمهيدى . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٢٧١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٢ - ص ٢٣ و ص ٢٥ - ص ٢٦) .

م ٢٧٢ : ورد هذا النص في المادة ٣٩٥ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٢٨٤ من المشروع التمهيدى . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٢٧٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٦ و ص ٢٨) .

ولا مقابل لهذه النصوص في التقنين المدني السابق ولكن الأحكام كان معمولاً بها دون نص .

وتقابل هذه النصوص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادتين ٢٧١ - ٢٧٢ ، وفي التقنين المدني الليبي المادتين ٢٥٨ - ٢٥٩ ، وفي التقنين المدني العراقي المادتين ٢٩١ و ٢٩٧ ، وفي تقنين الموجبات والعقود البناني المادة ١٠٠ (١) .

ويستخلص من هذه النصوص أن الأجل الذي يقترن به الالتزام هو أمر مستقبل محقق الوقوع يترتب على وقوعه نفاذ الالتزام أو انقضاؤه . فقومات

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٢٧١ - ٢٧٢ (مطابقتان للمادتين ٢٧١ - ٢٧٢ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٢٥٨ - ٢٥٩ (مطابقتان للمادتين ٢٧١ - ٢٧٢ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٢٩١ : يجوز أن يقترن العقد بأجل يترتب على حلوله تنجيز العقد أو انقضاؤه .

م ٢٩٧ (مطابقة لمادة ٢٧٢ من التقنين المدني المصري) .

(وأحكام التقنين المدني العراقي تتفق مع أحكام التقنين المدني المصري فيما عرضت له هذه النصوص من المسائل : انظر الأستاذ حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ١٥٠) .

تقنين الموجبات والعقود البناني : م ١٠٠ : إن الموجبات يمكن تقييدها بأجل . والأجل عارض مستقبل مؤكد الحدوث من شأنه أن يقف استحقاق الموجب أو سقوطه ، ولا يكون له مفعول رجعي . وإذا كان الوقت الذي سيقع فيه ذلك العارض معروفاً من قبل ، كان الموجب ذا أجل أكيد ، وإلا كان ذا أجل غير أكيد .

(وهذا النص يتفق في الحكم مع المادة ٢٧١ من التقنين المدني المصري . ولا مقابل في التقنين البناني المادة ٢٧٢ من التقنين المصري . ولكن يوجد في نصوص عقد القرض في التقنين البناني المادة ٧٦٣ وتنص على ما يأتي : « وإذا لم يمين أجل كان المقرض ملزماً بالرد عند أي طلب يأتيه من المقرض . وإذا اتفق الطرفان على أن المقرض لا يوفى إلا عند تمكنه من الإيفاء وحين تنسئ له الوسائل ، فله مقرض عندئذ أن يطلب من القاضى تعيين موعد للإيفاء » . ويمكن تميم حكم هذه المادة على الالتزامات الأخرى الناشئة من غير عقد القرض ، إذ النص ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة ، فيكون حكم التقنين البناني متفقاً مع حكم التقنين المصري في هذه المسألة) .

الأجل إذن ثلاثة : (١) فهو أمر مستقبل كالشرط (٢) وهو محقق الوقوع ، بخلاف الشرط فهو غير محقق الوقوع كما قدمنا (٣) وهو أمر عارض يضاف إلى الالتزام بعد أن يستوفى عناصره الجوهرية ، وهو في ذلك كالشرط لأنه وصف مثله .

وغنى عن البيان أن المقوم الرابع للشرط — وهو أن يكون غير مخالف للنظام العام والآداب — لا يرد في الأجل ، لأن الأجل ميعاد لا يتصور فيه إلا أن يكون مشروعاً .

§ ١ — أمر مستقبل

٤٧ — يجب أنه يكون الأجل أمراً مستقبلاً : الأجل كالشرط يجب أن يكون أمراً مستقبلاً . وهو ، كما يدل عليه اسمه ، ميعاد يضرب لتنفيذ الالتزام أو لانقضائه . ويكون عادة تاريخاً معيناً يختار في التصويم . فإذا تعهد المقرض للمقرض بوفاء القرض في تاريخ معين ، أو تعهد المشتري للبائع أن يدفع الثمن على أقساط في مواعيد معينة ، أو تعهد المفاوض لرب العمل أن يتم العمل الموكول إليه في وقت معين ، فكل من التزام المقرض بوفاء القرض والتزام المشتري بدفع الثمن والتزام المفاوض بتسليم العمل مقترن بأجل أو بأجل يترتب على حلولها نفاذ الالتزام .

وقد ينشأ الالتزام منجزاً ، ثم يضاف إليه أجل بعد ذلك ، فينقلب موصوفاً ، ولكن يبقى الالتزام هو نفسه لم يتجدد (١) .

٤٨ — لا يجوز أن يكون الأجل أمراً ماضياً أو عاصراً : والأجل ، كالشرط أيضاً ، لا يجوز أن يكون أمراً ماضياً أو عاصراً ، وإلا فهو ليس بأجل ، حتى لو كان طرفا الالتزام يجهلان وقت التعامل أن الأجل الذي يضر به للمستقبل هو أجل قد حل . فلو أن شخصاً ضرب أجلاً لتنفيذ التزامه

(١) الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ١٧١ هامش رقم ١ .

قُدوم أول قافلة من الحجيج . وكان يجهل أن القافلة قد قلمت فعلا قبل أن يلتزم ، أو هي آخذة في القُدوم وهو يلتزم ، فان التزمه لا يكون مقترناً بأجل : بل ينشأ منذ البداية التزاماً منجزاً واجب الأداء في الحال . ولو عين الملتزم أجلاً لتنفيذ التزامه موت شخص معين ، ويكون هذا الشخص قد مات قبل ذلك دون أن يعلم الملتزم : فان الالتزام ينشأ في هذه الحالة منجزاً حالاً الأداء (١) .

٢٥ — أمر محقق الوقوع

٤٩ — يجب أنه يكونه الأجل محقق الوقوع : تقول الفقرة الأولى من المادة ٢٧١ مدنى أن الأجل يجب أن يكون أمراً مستقبلاً محقق الوقوع . وهذا واضح ، فالأجل يكون عادة ، كما قلنا ، ميعاداً في التقويم ، تاريخياً معيناً يقع في يوم معين من شهر معين من سنة معينة . وهذا الميعاد لا بد واقع في المألوف من الحياة ، وندع ما لا يدخل في حساب الناس كأن تقع كارثة تبيد الأرض ومن عليها فلا يأتى ذلك اليوم الموعود .

وكون الأجل أمراً محقق الوقوع هو الفرق الجوهرى ما بين الأجل والشرط ، وهو الفرق الذى تنفرع عنه كل الفروق الأخرى . فقد رأينا أن الشرط أمر غير محقق الوقوع ، ومن ثم كان الحق المعلق على شرط حقاً ناقصاً غير مؤكد الوجود ، ومن ثم أيضاً كان للشرط أثر رجعى . أما الأجل فأمر محقق الوقوع : فلحق المقترن بأجل حق موجود كامل ، وليس للأجل أثر رجعى (٢) .

٥٠ — يصح أنه يكونه ميعاد مألوف مجهولاً : على أنه إذا كان ضرورياً أن يكون الأجل محقق الوقوع ، فليس من الضروري أن يكون ميعاد وقوعه معلوماً . فقد يكون هذا الميعاد مجهولاً ، ومع ذلك يبقى الأجل محقق الوقوع ، فيكون أحلاً لا شرطاً . وهذا ما تنقضى به الفقرة الثانية من المادة ٢٧١

(١) الموجز للمؤلف فقرة ٤٨٣ .

(٢) المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٤ .

مدنى فهمى تقول : « ويعتبر الأجل محقق الوقوع متى كان وقوعه محتماً ولو لم يعرف الوقت الذى يقع فيه » . ويسمى الأجل فى هذه الحالة أجلاً غير معين (terme incertain) بالمقابلة للأجل المعين (terme certain) الذى يعرف ميعاد حلوله .

والمثل المألوف للأجل غير المعين هو الموت ، فهو أمر محقق الوقوع ، ولكن لا يدرك أحد متى يأتى ، ومن ثم كان أجلاً غير معين . وعلى ذلك فالتزام شركة التأمين على الحياة أن تدفع مبلغ التأمين عند موت المؤمن على حياته التزم مقترن بأجل واقف غير معين هو الموت . وإذا التزم المقرض أن يرد مبلغ القرض عند موته ، فيؤخذ من تركته ، جاز ذلك ، وكان التزامه برد القرض مقترناً بأجل واقف غير معين هو الموت . ولا يعتبر هذا تعاملاً فى تركه مستقلة فان المقرض قد التزم فى الحال وفى ماله الحاضر ، وإنما ضرب أجلاً لتنفيذ التزامه هو موته ، والموت كما قدمنا أجلاً غير معين (١) .

ويمكن تصور أمثلة أخرى غير الموت للأجل غير المعين . فهناك أمور محقق وقوعها فى المألوف من شؤون الحياة ، ولكن لا يعلم موعد وقوعها . من ذلك رجوع الحجيج من بيت الله الحرام قافلين إلى بلادهم ، فهذا أمر معتاد وقوعه ، ولكن رجوع القوافل قافلة بعد أخرى أمر قد لا يعلم موعد وقوعه بالضبط . فلو التزم شخص إلى أجل هو موعد رجوع القافلة الأولى من الحجيج ، كان هذا التزم مقترناً بأجل غير معين . أما إذا التزم لأحد الحجاج وعلق التزامه على رجوع الدائن من الحج ، فهذا شرط لا أجل ، إذ أن رجوع حاج بالذات من الحج أمر غير محقق الوقوع ، فقد يموت فى الطريق .

كذلك إذا التزم أحد الموردين بتوريد الأغذية إلى مستشفى أو إلى مدرسة عند انتهاء بنائها ، فهذا أيضاً التزام مقترن بأجل غير معين ، إذ أن الانتهاء من البناء أمر محقق الوقوع فى المعتاد من شؤون الحياة ، ولكن مواعده غير معاوم على وجه التحقيق .

(١) بودرى وبارد ٢ فقرة ٩٦٨ ص ١٤٧ هامش رقم ١ . وما يقطع فى أن المقرض لم يتماثل فى تركته المستقبلية أنه إذا أفلس أو أضر أو أضف التأمينات ، فسقط الأجل ، حل الدين ، وزاحم المقرض باقى الدائنين فى مال المقرض الموجود وقت سقوط الأجل .

والتزام الطالب أن يدفع المصروفات المدرسية عند افتتاح الدراسة قد يكون التزاماً مقترناً بأجل غير معين ، إذا كان موعد افتتاح الدراسة وقت الالتزام لم يحدد . وكذلك الحال في التزامه أن يدفع رسوم الامتحان عند حلول ميعاده ، إذا كان ميعاد الامتحان لم يحدد وقت الالتزام (١) .

والتزام المدين بالوفاء عند الميسرة أو عند المقدرة (٢٧٢ م مدني) ينطوي على ضرب من الأجل الواقف ، وهو أيضاً أجل غير معين ، وسنعود إلى هذه المسألة بالتفصيل فيما يلي .

(١) وقد يكون الأجل غير المدين موكولاً بتعيينه إلى إرادة الدائن ، كما إذا اتفق على حلول الدين بعد إخطار الدائن المدين بثلاثة أشهر أو ستة مثلاً . فالأجل هنا غير معين ، ولا يتعين إلا بإخطار الدائن المدين وانقضاء المدة المحددة بعد الإخطار . ولكن التقادم يسرى ضد هذا الدين من وقت وجوده لا من وقت حلول الأجل الموكول إلى إرادة الدائن ، وإلا كان غير قابل للتقادم (انظر في هذا المعنى أوبري ورو ٤ فقرة ٣٠٣ ص ١٢٥) . وكذلك الحال في السندات الواجبة الدفع عند التقديم (vue) (قارن بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٧١٦) . وإذا كان نظام الشركة لم يحدد مواعيد لتنظيف الأوراق غير المغطاة وترك ذلك لناية مديري الشركة ، فإن ذلك ليس من شأنه أن يجعل الدين ديناً مستحق الوفاء عند التقديم (vue) ، بل أن الالتزام هنا مضاف إلى أجل معين أو غير معين ، تبعاً لما إذا كان نظام الشركة قد عين مقدماً لميعاد لتنظيف أو لم يعين ، ولا يحل الأجل إلا عند الدعوة إلى التنظيف (استئناف مختلط ٣٠ مارس سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٣٥٢) . والالتزام برصيد الحساب الجاري هو التزام مقترن بأجل غير معين ، إذ أن الرصيد يحل أجله متى أبدى الدائن الرصيد وغبته في إقفال الحساب وقبض الرصيد (استئناف مختلط ١٨ نوفمبر سنة ١٩٠٨ م ٢١ ص ١٢) ، ويحل على كل حال بموت أحد الطرفين (استئناف مختلط ١٨ يناير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٦٦ — ١٦ إبريل سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٣١٢) . والمصرف في أي وقت أن يقطع حساب عميله ولا يكون ملزماً بالاستمرار في الحساب الجاري ، فإذا ترك لعميله المهلة المعقولة لسداد رصيد الحساب الجاري ، فلا يجوز للعميل أن ينسب عليه أنه قطع الحساب في وقت غير مناسب (استئناف مختلط ٦ مارس سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٨٠) .

وقد يكون الأجل المصروب أجلاً ممتداً ، كأن يلتزم صانع أن يصنع أثاثاً في خلال مدة معينة ، فالأجل هنا ليس يوماً معيناً بالذات ، بل ميعاداً أقصاه يوم معين بالذات . فهو من هذه الناحية مجهول ميعاد الحلول ، وإن كان الحد الأقصى لهذا الميعاد معلوماً . ويكون تعيين ميعاد الحلول موكولاً إلى أحد الطرفين — المدين في هذا المثل وقد يكون الدائن في أمثلة أخرى — ويقوم بتعيينه عند الوفاء بالالتزام . ومثل هذا الأجل تمكن تسميته بالأجل للتجهيل ، لأن الفرض منه تجهيل تنفيذ الالتزام وليس تأجيله (انظر الأستاذ عبد الحى حجازي في عقد المدة ص ١٧ — ص ١٨) .

والفرق بين الشرط والأجل غير المعين واضح ، فالشرط أمر غير محقق الوقوع ، أما الأجل غير المعين فأمر محقق الوقوع في ذاته ولكن ميعاد وقوعه وحده هو غير المحقق (١) .

§ ٣ - أمر عارض

٥١ - الأجل عنصر عارض في الالتزام لا عنصر جوهري :

والأجل ، كالشرط وككل وصف آخر من أوصاف الالتزام . عنصر عارض في الالتزام لا عنصر جوهري . وهو لا يقترن بالالتزام إلا بعد أن يستوفى الالتزام جميع عناصره الجوهرية ، ويأتي الأجل بعد ذلك عنصراً إضافياً يقوم الالتزام بغيره ، ويتصور بدونه ، ولا يحتاج إليه في قيامه بذاته .

فاذا التزم شخص إلى أجل ، فإن التزامه يكون قد استوفى جميع عناصره الجوهرية ، من رابطة ومحل وسبب ، قبل أن يضاف إليه الأجل . ثم يأتي الأجل

(١) وقد أورد الأستاذان كولان وكابيتان مثلاً لأجل غير معين يشته بالشرط : يجب رجل امرأة أو يوصى لها بإيراد مرتب إلى اليوم الذي تتزوج فيه ، وعندئذ ينقطع المرتب . فإذا اعتبرنا الزواج هنا أجلاً فاسخاً غير معين ، كان التصرف صحيحاً . أما إذا اعتبرناه شرطاً فاسخاً ، كان بمثابة قيد على حق الزواج وقد يكون غير مشروع . وفي هذه الحالة يكيف الوصف ، عند الشك ، بأنه أجل غير معين تصحيحاً للتصرف (كولان وكابيتان - فقرة ٦٦٧) .

وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الاتفاق الذي يؤخر حلول الدين إلى وقت القيام بميل متعلق بإرادة المدين يعتبر اتفاقاً على أجل غير معين لا على شرط إرادى محض ، ويجوز في هذه الحالة للدائن أن يدعو المدين إلى القيام بالعمل الموكول لإرادته أو أن يمين القاضى للمدين وقتاً معقولاً لقيام بهذا العمل (استئناف مختلط ٧ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ١٤ - ١٥ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ٢٩) . فإذا رهن مزارع قطعه عند أحد المصارف في نظير مبلغ معجل من المال ، على أن يبيع المصرف القطع في الميعاد الذي يعينه المدين ، لم يجوز للمدين أن يسرف في تأجيل ميعاد البيع ، بل يجب عليه أن يمين البيع ميعاداً معقولاً (استئناف مختلط ٧ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ١٤) . وإذا وضع مهندس مبادئ تصميم لبناء ، وعين وقت البدء في هذا البناء ميعاداً لدفع باقي أثمانه ، فإن هذا يعتبر أجلاً غير معين . ويجل هذا الأجل إذا بيعت الأرض التي كان مقدراً البناء أن يشيد عليها ، إذ أن بيع الأرض يتضمن حتماً العمل من هذا البناء ، ومن ثم يجل ميعاد دفع باقي الأثمان (استئناف مختلط ١٥ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ٢٩) .

بعد ذلك يقترب به ، ويعدل من آثاره . فبعد أن كان الأصل في الالتزام أن يكون منجزاً واجب الأداء في الحال وأن يبق أثره دائماً ، إذا بالأجل يعدل من ذلك ، إما بأن يجعل الالتزام مترسخي النفاذ إلى وقت معين ، وإما بأن يجعل الالتزام محدود البقاء غير دائم الأثر .

٥٢ — **الأجل في العقود الزمنية** : ويترتب على أن الأجل عنصر عارض في الالتزام على الوجه المتقدم ، لا عنصر جوهرى ، نتيجة هامة كثيراً ما يغفل الفقه الإشارة إليها . فقد سبق أن عرضنا للعقود الزمنية *contrats successifs* وهى عقود تتميز عن غيرها بأن الزمن عنصر جوهرى فيها ، بحيث يكون هو المقياس الذى يقدر به محل العقد . ذلك أن هناك أشياء — كما جاء في الجزء الأول من الوسيط (١) — لا يمكن تصورهما إلا مقترنة بالزمن . فالمنفعة لا يمكن تقديرها إلا بمدة معينة . والعمل إذا نظر إليه في نتيجته ، أى إلى الشيء الذى ينتجه العمل ، كان حقيقة مكانية ، ولكن إذا نظر إليه في ذاته فلا يمكن تصوره إلا حقيقة زمانية ، مقترناً بمدة معينة . ومن ثم فقد الإيجار عقد زمنى لأنه يقع على المنفعة ، والزمن عنصر جوهرى فيه لأنه هو الذى يحدد مقدار المنفعة المعقود عليها . وعقد العمل لمدة معينة عقد زمنى ، لأن الخدمات التى يؤديها العامل لا تقاس إلا بالزمن ، فالزمن عنصر جوهرى فيه إذ هو الذى يحدد مقدار المحل المعقود عليه . وهناك من الأشياء ما يتحدد في المكان فيكون حقيقة مكانية ، ولكن المتعاقدين يتفقان على تكرار أدائه مدة من الزمن لسد حاجة تتكرر . فهو في ذاته يقاس بالمكان ، ولكن المتعاقدين اتفقا على أن يقاس بالزمان . مثل عقد التوريد ، يلتزم به أحد المتعاقدين أن يورد للمتعاقد الآخر شيئاً معيناً يتكرر مدة من الزمن . فحل العقد هنا — وهو الشيء المعين المتفق على توريده — يقاس في ذاته بالمكان ، ولكن المتعاقدين اتفقا على أن يتكرر مرات مدة من الزمن ، فجعله يقاس ، كالمنفعة والعمل ، بالزمان لا بالمكان . فالمعقود عليه في كل من عقد الإيجار وعقد التوريد هو الزمن ، أو هو شيء يقاس بالزمن . ولكن المعقود عليه في عقد الإيجار يقاس بالزمن طبيعة ، أما

المعقود عليه في عقد التوريد فيقاس بالزمن اتفاقا . ومن ثم ينقسم العقد الزمني إلى عقد ذي تنفيذ مستمر *contrat à exécution continue* كعقد الإيجار وعقد العمل لمدة معينة ، وعقد ذي تنفيذ دوري *contrat à exécution périodique* كعقد التوريد وعقد الإيراد المؤبد أو الإيراد مدى الحياة (١) .

وقد درج الفقه على اعتبار هذه العقود الزمنية عقوداً مقترنة بآجال فاسخة . ولكتنا إذا طبقنا القاعدة التي تقضي بأن الأجل إنما هو عنصر عارض في الالتزام لا عنصر جوهري ، تبين أن العقد الزمني لا يمكن أن يكون عقداً مقترناً بآجل ، لأن الأجل عنصر جوهري فيه كما قدمنا إذ هو محل التعاقد ذاته ، ولا يصح أن يكون الوصف هو أحد العناصر الجوهرية في العقد (٢) ، وقد سبق ذكر ذلك عند الكلام في الشرط .

وأية ذلك أن العقد الزمني إذا انعدم فيه الأجل ، فانه يكون باطلا لانعدام المحل . ولو كان الأجل وصفاً وكان باطلا ، لكان من الجائز أن يسقط الأجل ويبقى العقد ، كما هي الحال في الشرط . وقد ورد في التقنين المدني الفرنسي تطبيق لهذه القاعدة في عقد الإيراد المرتب مدى الحياة ، وهو عقد زمني المدة فيه هي حياة من رتب له الإيراد . فإذا تعهد شخص لآخر بأن يؤدي إلى شخص ثالث إيراداً مرتباً مدى الحياة ، ثم تبين أن صاحب الإيراد كان قد مات قبل العقد ، فإن الأجل هنا — وهو المحل — يكون قد انعدم ، ويكون العقد باطلا . وهذا ما تقضي به المادة ١٩٧٤ من التقنين المدني الفرنسي ، فهي تنص على أن « كل إيراد رتب مدى الحياة لمصلحة شخص يكون قد مات وقت العقد

(١) انظر الأستاذ عبد الحى حجازى في عقد المدة ص ٢٠ — ص ٢٦ — أما إذا كان الزمن عنصراً غير جوهري في العقد ، فإنه يصلح أن يكون أجلاً ، لأن الأجل كما قدمنا عنصر عارض . كذلك إذا تعهد صانع يصنع أثاث يسله في مدة معينة ، فإنه يقرن التزامه هنا بآجل واقف ، يسميه الأستاذ عبد الحى حجازى بالآجل المجل أو الأجل التتميل كما تقدم القول ، وهو عنصر عرضي في الالتزام وإن كان جبرياً (الأستاذ عبد الحى حجازى في عقد المدة ص ١٧ — ص ١٨) .

(٢) الأستاذ عبد الحى حجازى في عقد المدة ص ١١٢ . وانظر فيما إذا كان التزام المستأجر يدفع الأجرة على أقساط يعتبر التزاماً زمنياً أو هو التزام مقترن بآجل واقف أو آجال واقفة : الأستاذ عبد الحى حجازى في عقد المدة ص ١١٧ — ١٢٢ .

لا يكون له أى أثر (١) . بل تصيف المادة ١٩٧٥ من نفس التقنين ما يأتى :
« وكذلك يكون الحكم إذا رتب العقد إبراداً لمصلحة شخص أصيب بمرض
مات بسببه فى خلال عشرين يوماً من وقت العقد (٢) » .

ويترتب على ما تقدم أن الآجال الفاسخة — والآجل الفاسخ يكون عادة
فى عقد زمنى — ليست بوجه عام آجالاً بالمعنى الصحيح . ويكاد يخرج الأجل
الفاسخ كله من بين أوصاف الالتزام ، فلا يبقى إلا الأجل الواقف . وسنعود إلى
هذه المسألة عند الكلام فى الأجل الفاسخ .

المبحث الثانى

نوعا الأجل

§ ١ — الأجل الواقف

(Terme suspensif)

٥٣ — **ماهو الأجل الواقف** : رأينا أن الفقرة الأولى من المادة
٢٧١ مدنى تنص على أن « يكون الالتزام لأجل إذا كان نفاذه أو انقضاؤه
متربطاً على أمر مستقبل محقق الوقوع » .

فإذا كان نفاذ الالتزام هو المترتب على الأجل ، كان الأجل واقفاً ، إذ هو
يقف الالتزام عن أن ينفذ وعن أن يصبح مستحق الأداء إلى حين انقضاء
الأجل (٣) .

(١) وهذا هو النص فى أصله الفرنسى : Tout contrat de rente viagère créée sur la tête d'une personne qui était morte au jour du contrat, ne produit aucun effet.

(٢) وهذا هو النص فى أصله الفرنسى : Il en est de même du contrat par lequel la rente a été créée sur la tête d'une personne atteinte de la maladie dont elle est décédée dans les vingt jours de la date du contrat .

(٣) وقد نصت للمادة ١٠١ من تقنين الموجبات والعقود البنائى على ما يأتى : « الموجب المؤجل التنفيذ أو ذو الأجل المؤجل هو الذى يكون تنفيذه موقوفاً إلى أن يحل الأجل . وإذا لم يكن ثمة أجل مخصوص عليه أو مستنتج من ماهية القضية فيمكن طلب التنفيذ حالا » .

والأمثلة على الأجل الواقف كثيرة . فالمقترض يقترن التزامه برد القرض إلى المقرض بأجل واقف . وكل من المستأجر والمستعير والمودع عنده يقترن التزامه برد العين المؤجرة أو المعارة أو المودعة بأجل واقف ، غير أن الأجل في الوديعة لمصلحة الدائن وهو في العارية لمصلحة المدين وفي الإيجار لمصلحة الاثنين معاً . والمرتهن حيازة يقترن التزامه برد العين المرهونة إلى الراهن بأجل واقف هو الوفاء بالمدين المضمون بالرهن (١) . وإذا تعهد المشتري بدفع الثمن على أقساط ، كان التزامه مقترناً بأجل واقفة متعاقبة . وكذلك إذا تعهد المفاوض أن يسلم ماتعهد بعمله إلى رب العمل في وقت معين ، كان التزامه هذا مقترناً بأجل واقف . وقد سبقت الإشارة إلى كل ذلك .

٥٤ - التزام المدين بالوفاء عند الميسرة أو عند المقررة التزام

مقرره بأجل واقف : رأينا أن المادة ٢٧٢ مدني تنص على أنه : إذا تبين من الالتزام أن المدين لا يقوم بوفائه إلا عند المقررة أو الميسرة ، عين القاضي ميعاداً متناسباً لحلول الأجل ، مراعيّاً في ذلك موارد المدين الحالية والمستقبلية ، ومقتضياً منه عناية الرجل الحريص على الوفاء بالتزامه (٢) .

والمفروض في الحالة التي نحن بصدددها أن المدين إنما ضرب أجلاً للوفاء بدينه ، ولم يجعل الدين معلقاً على شرط . ذلك أنه يحتمل أن يكون قد قصد تعليق الوفاء بالدين على شرط الميسرة أو المقررة ، وعند ذلك يصبح الوفاء بدينه معلقاً على شرط واقف ، وهو أمر غير محقق الوقوع ، فاذا أيسر وتحققت

(١) وهذا مع ملاحظة أن الرهن ينقضي ، فيزول الالتزام بالرد ، إذا نفذ الدائن المرتهن بحقه حل العين المرهونة . ولكن يصح أن يقال ، من جهة أخرى ، أن الوفاء بالمدين المضمون بالرهن هو أمر غير محقق الوقوع ، فيكون شرطاً لا أجلاً ، ولكن ليس له أثر رجعي لاستتصاء طبيعة التعامل على هذا الأمر .

(٢) وهذا النص مأخوذ من المادة ١٩٣ من تقنين الالتزامات البولوني . انظر أيضاً المادة ٢/٧٤٣ من التقنين المدني البرتغالي ، والمادة ٩٥٤ من التقنين المدني الأرجنتيني ، والمادة ٩٠٤ من التقنين المدني النمساوي ، والمادة ١١٧/٢ من المشروع الفرنسي الإيطالي . وانظر بلانيول وريهير وجايرل ٧ فقرة ٩٩٩ ، والمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التوضيحية ٣ ص ٢٧ .

مقدرته على الوفاء ، تحقق الشرط ووجب أن يني بالدين . أما إذا لم يوسر ولم تتحقق مقدرته على الوفاء طول حياته ، فقد تخلف الشرط وسقط عنه الالتزام بالوفاء (١) . كما يحتمل أن يكون المدين قد قصد أن يضرب أجلاً للوفاء بدينه ، هو ميسرته أو مقدرته على الوفاء . وفي هذه الحالة يكون المدين قد قصد أن يني بدينه على كل حال ، أما عند الميسرة أو المقدرة ، وأما عند الموت إذا لم يواته اليسار حال حياته . فالأجل هنا أجل غير معين ، وهو أقرب حادثين غير معينين ، اليسار أو الموت .

وإذا قام شك فيما إذا قصد المدين ضرب أجل للوفاء أو أراد تعليق الوفاء على شرط ، فالمفروض أنه قصد الأجل لا الشرط ، لأن العقد يفسر عند الغموض بما يعطيه الأثر الأقوى (٢) . فإذا ادعى المدين أنه أراد الشرط لا الأجل ، فعليه هو إثبات ذلك .

ومتى تبين أن المدين إنما أراد الأجل لا الشرط ، كان للدائن الحق في أن يطالب بتحديد موعد للوفاء . ولما كان الموعد هو ميسرة المدين أو مقدرته على الوفاء بدينه ، فإن لم يتفق الطرفان على موعد معين لذلك ، جاز للقاضي أن يتلمس من ظروف القضية وملابساتها موعداً يحدده ، هو الموعد الذي يقرر فيه أن المدين أصبح موسراً أو قادراً على الوفاء بدينه (٣) . وقد أمدته المادة ٢٧٢ مدني ببعض عناصر التقدير ، فذكرت من بين هذه العناصر : (١) موارد المدين الحالية ، أى ما عند المدين من مال موجود فعلاً وقت النظر في الدعوى .

(١) أنظر في هذا المعنى محكمة الاسكندرية الوطنية في ٥ يناير سنة ١٩٣١ المحاماة ١١ رقم ٥٤٢ ص ١٠٦٣ — شين الكوم في ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٣٤٤ ص ٩٠٥ .
(٢) ديمولوب ٢٥ فقرة ٥٧٧ — لوران ١٧ فقرة ١٧٥ — أوبري ورو ٤ فقرة ٣٠٣ ص ١٢٤ — ص ١٢٥ — بودري وبارد ٢ فقرة ٩٦٩ .

ويخلص من ذلك أن المدين إذا أبرأه دائته من الدين ، فتعهد على أثر هذا الإبراء أن يني بالدين لدائته إذا تمكن من ذلك في المستقبل ، فإن دلالة هذه الظروف تتوجه إلى أن يجعل تعهده هذا على أنه تعهد مدني — مبنى على التزام طبيعي — وقد جعله المدين ، لا مقترناً بأجل ، بل مطلقاً على شرط التمكن من وفاء الدين (قارب بودري وبارد ٢ ص ١٤٨ هامش رقم ٣) .
(٣) استئناف مختلط ١٠ يونيو سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤٣٧ — منوف ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٤٩٥ ص ٩٠٢ .

(٢) موارد المدين المستقبل ، أى ما يتوقع القاضى أن يكون عند المدين من مال فى المستقبل ، فإن كان له إيراد يكسبه من عمل أو وظيفة أو مهنة ، قدر القاضى هذا الإيراد فى المستقبل مسترشداً بالماضى . (٣) أن يقتضى من المدين عناية الرجل الحريص على الوفاء بالتزامه ، وهذا عنصر معنوى بخلاف العنصرين المتقدمين فهما من العناصر المادية . وهو بالرغم من أنه معنوى عنصر موضوعى لا ذاتى ، فالقاضى لا يقتضى من المدين عنايته الذاتية ، بل يقتضيه عناية الرجل الحريص على الوفاء بما عليه من الديون . ويكون ذلك بأن يقدم المدين وفاء الدين على كثير من مطالبه ، فإن لم يقدمه على حاجياته الضرورية ، فلا أقل من تقديمه على حاجياته الأخرى (١) . فإذا عجز القاضى ، فى أى وقت من حياة المدين ، عن تحديد موعد الوفاء بتعيين اليوم الذى يصبح فيه المدين موسراً أو قادراً على الوفاء بدينه ، تربص به حتى الموت (٢) . فإذا مات المدين حل دينه حتماً ، وقد مات معسراً فيشارك الدائن سائر الدائنين فى استيفاء حقه من التركة مشاركة الغرماء (٣) .

وتعيين ميعاد يصبح فيه المدين موسراً أو قادراً على الوفاء بدينه مسألة واقع

(١) فإذا كان هناك ما يؤمن الدائن حل استيفاء حقه ، اكتفى القاضى بذلك . وقد قضت محكمة طهطا بأن الشرط الذى ينص فيه ، فى عقد غاروقة ، على أن المدين يقوم بسداد الدين عند اقتداره هو بمثابة اشتراط أجل لمصلحته ، فلا يمكن إجباره على الدفع قبل حلول الأجل ما لم يكن قد أضف التأمينات (طهطا فى ١٥ أغسطس سنة ١٩٠٤ المحبوعة الرسمية ٦ ص ١٤٧ : أى لا يحل أجل الدين ما دامت الغاروقة فى يد الدائن ولم تقصف أو يصفها المدين) .

(٢) ومثل تمهد المدين بوفاء الدين عند الميسرة أو المقدرة تمهده بوفاء الدين عندما يشاء ، غير أن تمهد المدين بالوفاء عندما يشاء يختلف عن التمهيد الأول فى أمرين : (أولاً) فى تمهد المدين بالوفاء عندما يشاء لا يحل الدين إلا إذا شاء المدين دفعه حال حياته ، فإن لم يشأ لم يستطع القاضى تحديد ميعاد الوفاء ، ولا يحل الدين إلا بموت المدين (بودرى وبارد ٢ فقرة ٩٧٠) . (ثانياً) قد يفسر تمهد المدين بالوفاء عندما يشاء أنه إنما أراد أن يلتزم التزاماً أدبياً لا التزاماً مدنياً ، فى هذه الحالة لا يجبر على الوفاء حياً ولا يؤخذ الدين من تركته بعد موته (ديومولوب ٢٥ فقرة ٥٧٦ — بودرى وبارد ٢ فقرة ٩٧١ — بلانيول وريبير وجابول ٧ فقرة ٩٩٩) .

(٣) استئناف مخطوط ٧ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ١٤ — ١٥ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ٢٩ — ٢٠ يونيو سنة ١٩٢٨ م ٤٠١ ص ٤٣٧ — الصف ٣ مارس سنة ١٩١٧ للشرائع ٤ ص ٣٦٧ — الموجز المؤلف فقرة ٤٨٤ — الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٦٧٠ ص ٥٠٢ — الأستاذ اسحاق غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٦٧ .

لا يخضع فيها قاضى الموضوع لرقابة محكمة النقض ، ولكن حلول الدين عند أقرب الأجلين — المبصرة أو الموت — مسألة قانون تخضع لرقابة المحكمة العليا .

٢٥ — الأجل الفاسخ

(Terme extinctif)

٥٥ — **ما هو الأجل الفاسخ** : رأينا أن الالتزام يكون لأجل إذا كان نفاذه أو انقضاؤه مترتباً على أمر مستقبل محقق الوقوع (م ٢٧١ / ١ مدنى) . ورأينا أن نفاذ الالتزام إذا كان هو المترتب على الأجل ، فالأجل يكون واقعاً . ونقول الآن إنه إذا ترتب على حلول الأجل انقضاء الالتزام — لانفاذه — فالأجل يكون فاسخاً .

ولما كان الأجل بنوعيه ليس له أثر رجعى ، وكانت كلمة « الفسخ » فى عبارة « الأجل الفاسخ » قد تشعر بأن للأجل الفاسخ أثراً رجعياً كما فى الشرط الفاسخ ، فقد تجنب الفرنسيون هذه الكلمة وأطلقوا على الأجل الفاسخ عبارة « الأجل المنهى » (١) (terme extinctif) . أما التعين المدنى المصرى فقد استبقى عبارة « الأجل الفاسخ » (انظر المادة ٢٧٤ / ٢ مدنى) .

٥٦ — **هل يوجد أجل فاسخ ؟** : أما أن التعيين المدنى المصرى قد تصور وجود الأجل الفاسخ ، فهذا ما لا ريب فيه . فقد وردت الإشارة إليه فى موضعين : فى الفقرة الأولى من المادة ٢٧١ مدنى ورد أن الالتزام يكون لأجل « إذا كان نفاذه أو انقضاؤه مترتباً على أمر مستقبل محقق الوقوع » ، وإذا ترتب انقضاء الالتزام على حلول الأجل فهذا الأجل يكون فاسخاً . ثم ذكر التعيين صراحة عبارة « الأجل الفاسخ » فى الفقرة الثانية من المادة ٢٧٤ ، إذ قال أنه « يترتب على انقضاء الأجل الفاسخ زوال الالتزام » (٢) .

(١) وسار على هذا التعبير الأستاذ عبد الحى حجازى فى رسالته فى عقد المدة وفى كتابه فى النظرية العامة للالتزام . انظر أيضاً الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٧٥ ص ٢٤٨ .
(٢) وانظر أيضاً النصوص المقابلة فى التعيينات المدنية العربية الأخرى آنفاً فقرة ٤٦ فى —

وإذا استعرضنا الأمثلة التي تورد عادة على أنها أمثلة للأجل الفاسخ نجدها واردة في العقود الزمنية . فالمؤجر الذي يتعهد بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة مدة الإيجار ، والعامل الذي يلتزم نحو رب العمل أن يعمل مدة معينة ، ومن يتعهد بتوريد الأغذية للمدرسة أو لمستشفى مدة معينة ، ومن يتعهد بدفع إيراد لآخر مدى حياته ، وصاحب حق الانتفاع الذي ينتفع بالعين ما دام حياً أو لمدة معينة ، كل هذه أمثلة لحقوق وردت في عقود زمنية . وقد قدمنا أن العقد الزمني لا يمكن أن يقال عنه إنه مقترن بأجل فاسخ ، لأن الأجل عنصر جوهرى فيه (١) .

على أننا نرى أنه إذا كان صحيحاً أن العقد الزمني لا يجوز أن يقال عنه إنه مقترن بأجل فاسخ للأسباب التي قدمناها ، فغير صحيح أن الأجل الفاسخ لا يوجد ضرورة إلا في عقد زمني . فهناك عقود تقترن بأجال فاسخة ولا تكون عقوداً زمنية ، وفي هذه العقود ليس الزمن عنصراً جوهرياً بل عنصراً عارضاً ، ومن ثم أجلاً فاسخاً بالمعنى الصحيح . هذه العقود ليست كثيرة في العمل ، كما هو الشأن في العقود الزمنية ، ولكنها موجودة إلى حد يبرر استبقاء الأجل الفاسخ إلى جانب الأجل الواقف ، كما فعل التقنين المدني المصرى .

ونذكر الأمثلة التي تحضرنا لهذه العقود :

(١) إذا فتح مصرف لعميله اعتماداً بمبلغ معين لمدة سنة مثلاً ، فببلغ الاعتماد

= الهامش . أما التقنين المدني الفرنسى فلا يتكلم إلا عن الأجل الواقف ، و"فقه الفرنسى مضطرب في هذا الصدد . فن الفقهاء من يعترف بالأجل الفاسخ وصفاً للمقد لا وصفاً للالتزام (ديمولوب ٢٥ فقرة ٥٦٩ بودرى وبارد ٢ فقرة ٩٧٣) ، ومنهم من لا يعتبر الأجل الفاسخ وصفاً للالتزام ، بل يعتبره سبباً من أسباب انقضاء الالتزام (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ٩٩٨ — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٧٠٧) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٥٢ — وينى الأستاذ عبد الحى حجازى ، في شيء من التردد ، عن الأجل الفاسخ (أو الأجل المنهى كما يدعو) أنه وصف للالتزام (أنظر رسالته في عقد المدة ص ٢٣٠ ، وكتابه في النظرية العامة في الالتزام ١ ص ١٧١ — وبوع خاص ص ١٧٦ — ص ١٧٧) . وينى الأستاذ اسماعيل غانم صراحة عن الأجل الفاسخ أنه وصف للالتزام إذ يقول : « والأجل الفاسخ ليس وصفاً بالمعنى الدقيق ، فهو لا يمدل من آثار الالتزام ، بل هو في حقيقته الطريق الطبيعي لإنهاء الالتزام الزمني ، فهو يحدد مدة بقاء ذلك الالتزام » (أحكام الالتزام فقرة ١٦٨) .

هنا ، وهو محل العقد ، لا يقاس بالزمن أى بالسنة التى فتح فيها الاعتماد ، إذ هو لا يتغير بتغير هذا الزمن فلا يزيد إذا زاد ولا ينقص إذا نقص . وفى رأينا أن العقد هنا ليس عقداً زمنياً إذ الزمن ليس عنصراً جوهرياً فيه ، ومع ذلك يقرن التزام المصرف بفتح الاعتماد بأجل فاسخ هو مدة السنة ، فإذا انقضت هذه المدة انقضى التزام المصرف بفتح الاعتماد (١).

ويخلص مما قدمناه أن المصرف يكون ملتزماً بوضع المبلغ تحت تصرف العميل ، وهذا الالتزام مقرن بأجل فاسخ هو سنة من وقت فتح الاعتماد . وليس الأجل هنا محلاً معقوداً عليه ، بل عنصراً عارضاً ، يمكن تصور العقد بدونه . ويكون المنصرف فى هذه الحالة ملتزماً بوضع المبلغ تحت تصرف العميل فوراً ، ويأخذه العميل فى الحال فيكون قرضاً بسيطاً ، وإنما سمي القرض هنا بفتح الاعتماد لإضافة الأجل الفاسخ السالف الذكر .

(٢) إذا فتح مصرف لمقاول حساباً جارياً عن مقاول معينة وحدد لإقفال الحساب ستة أشهر مثلاً ، ففي هذه الحالة قد تعهد المصرف بالخصم والإضافة فى الحساب الجارى عن المبالغ التى تضم وتخصم لحساب المقاول المذكورة ، وقرن التزامه بأجل فاسخ هو مدة الستة الأشهر . وليست هذه المدة عنصراً جوهرياً فى الالتزام ، بل العنصر الجوهرى هو المقاول المعينة التى فتح من أجلها الحساب

(١) أنظر عكس ذلك الأستاذ عبد الحى حجازى فى عقد المدة ص ٤٧ — ص ٤٨ . وهو يسلّم أن المدة فى هذا العقد ليست وظيفتها أن تحدد كم المبلغ الموضوع تحت تصرف العميل ، فهو محدد فى ذاته بدون فكرة الزمن ، لا يزيد كنه ولا ينقص حسب طول المدة أو قصرها . ولكنه يضيف ما يأتى : « ومع ذلك فلزمن دور أصيل فى هذا العقد ، إن العقد ينص على المدة التى يجب فى خلالها أن يظل البنك ملتزماً بوضع مبلغ الاعتماد تحت تصرف المتمد ، وبالتالي المدة التى يكون المتمد فى خلالها واثقاً من أن ثمة مبلغاً موضوعاً تحت تصرفه . إن وضع المبلغ تحت تصرف المتمد طوال مدة العقد ، وإمكان هذا الأخير الاستفادة منه فى كل لحظة فى خلال مدة العقد هو الذى يحقق الفائدة التى يرجوها المتمد من هذا العقد ، وتلك فائدة تقاس بالزمن ، تزيد معه إذ تزيد ، وتنقص معه إذ تنقص . وهذا كاف لإدراج هذا العقد ضمن طائفة عقود المدة » . على أن المدة هنا ، وإن حققت فائدة العميل ، إلا أنها فائدة عارضة ، وليست عنصراً جوهرياً فى العقد لا يتصور العقد بدونها ، فهى أقرب إلى أن تكون كاللدة التى يشترطها المانع فى صنع الأثاث : مدة عارضة جبرية .

الجارى . فيكون العقد هنا عقداً غير زمنى . ومع ذلك يكون قد اقترن بأجل فاسخ (١) .

(٣) إذا تعهد طبيب بعلاج أفراد أسرة لمدة سنة على أن يأخذ الأجر عن كل مرة يعالج فيها مريضاً ، فإن التزامه بالعلاج قد اقترن بأجل فاسخ . هو مدة السنة ، ولكن هذه المدة ليست عنصراً جوهرياً فى العقد ما دام الطبيب يتقاضى أجره لا بحسب المدة بل بحسب مرات العلاج . فالزمن هنا ليس مقياساً للمعقود عليه ، وهو مع ذلك أجل فاسخ (٢) .

(٤) إذا تعهدت شركة بصيانة سيارة أو مصعد أو نحو ذلك من الآلات التى تحتاج إلى الصيانة لمدة سنة مثلاً ، على أن تتقاضى أجرها عن كل عملية من عمليات الصيانة ، فإن الالتزام هنا يكون مقترناً بأجل فاسخ ليس عنصراً جوهرياً فيه (٣) .

(٥) إذا تعهدت شركة التأمين أن تؤمن ، لمدة معينة ، عدداً غير معين من الأخطار يمكن تعيينه شيئاً فشيئاً باقرارات متتابعة من جهة المؤمن له ، فقد اختلف فى تكييف هذا العقد ، ومن رأى بعض الفقهاء أن العقد ليس بالعقد الزمنى ، ومع ذلك فقد اقترن بأجل فاسخ (٤) .

ويمكن القول بوجه عام أنه يتفق - وإن كان ذلك لا يحدث كثيراً - أن يقترن العقد بأجل فاسخ لا يكون عنصراً جوهرياً فيه ، فلا يكون العقد فى هذه الحالة عقداً زمنياً ، ويكون الأجل الذى اقترن به العقد أجلاً فاسخاً بالمعنى الصحيح . ونحن إذ نتكلم فيما يلى عن الأجل الفاسخ ينصرف قولنا إلى هذه العقود على وجه التخصيص . على أنه لا مانع من إطلاق تعبير «الأجل الفاسخ» على المدة فى العقود الزمنية ، فى شئ من التجوز ، فإن الأحكام لا تتغير سواء اعتبر الأجل الفاسخ فى العقود الزمنية أصلاً أو اعتبر وصفاً .

(١) قارن الأستاذ عبد الحى حجازى فى عقد المدة ص ٤٨ .

(٢) قارن الأستاذ عبد الحى حجازى فى عقد المدة ص ٣٩ .

(٣) قارن الأستاذ عبد الحى حجازى فى عقد المدة ص ٣٨ — ص ٣٩ .

(٤) انظر الأستاذ عبد الحى حجازى فى عقد المدة ص ٥٥ — ص ٥٦ والمرجع الذى

أشار إليها .

المبحث الثالث

مصادر الأجل

وأى الحقوق يلحقها وصف الأجل

§ ١ - مصادر الأجل

٥٧ - مصادر الاجل الاتفاق والقانون والقضاء . يغلب أن يكون

مصدر الأجل هو الاتفاق . ويتميز الأجل عن الشرط في أن له مصدرين آخرين : القانون والقضاء .

وفي الفقه الفرنسى ينتظم الأجل الذى مصدره الاتفاق والأجل الذى مصدره القانون اسم واحد ، فيطلق عليهما معاً « الأجل المستحق قانوناً » *terme de droit* ليقابل الأجل الذى مصدره القضاء ويسمى « الأجل المتفضل به » *terme de grâce* (١) ، أو « نظرة الميسرة » وهى التسمية التى درج عليها الفقه المصرى .

٥٨ - الاتفاق مصدر للأجل : يغلب ، كما قلنا ، أن يكون

مصدر الأجل هو اتفاق الطرفين . فيتفق البائع مع المشتري مثلاً على تأجيل دفع الثمن إلى ميعاد معين ، أو على دفعه أقساطاً فى مواعيد يتفق عليها ، أو يتفقان على تأخير تسليم المبيع إلى أجل (٢) . ويتفق المؤجر مع المستأجر على أن تكون مدة الإيجار وقتاً معيناً ينتهى بانقضائه العقد ، وهذا هو الأجل الفاسخ فى العقد الزمنى ، ولا يعتبر أجلاً بالمعنى الصحيح كما قلنا .

(١) أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٣ — بودرى وبارد ٢ فقرة ٩٧٢ — بلانبول وريير وجابول ٧ فقرة ٩٩٨ — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٧١٨ — كولان وكايتان ٢ فقرة ٦٦١ — جوسران ٢ فقرة ٧٢٢ .

(٢) وإذا عين لتنفيذ الالتزام حد أقصى للأجل ، فإن انقضاء هذا الحد الأقصى لا يمنع الدائن من مطالبة المدين بتنفيذ التزامه حتى بعد مجاوزة هذا الحد (استئناف مخطط ١١ مايو سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٣١٢) .

وقد تفرض الاكثورية الاجل الاتفاق على الأقلية في بعض حالات استثنائية ، كما إذا اتفقت أغلبية دائني التغطية على تأجيل بعض ديون المفلّس .

وكما يكون الاتفاق مصدر الاجل صريحاً ، يصح أن يكون كذلك ضمناً يستخلص من الظروف والملابسات . فإذا تعهد صانع بصنع أثاث معين دون أن يتفق على أجل لتسليم الأثاث ، فالمفروض أن التزام الصانع بالتسليم مقترن بأجل واقف هو المدة المعقولة لصنع هذا الأثاث . ويلجأ القاضي في تعيين هذه المدة ، عند النزاع ، إلى المألوف في هذه الصناعة . وإذا اتفق عامل النقل مع صاحب بضاعة على نقل بضاعته من مدينة إلى أخرى دون أن يتفق معه على أجل ، فإن الاجل هنا أيضاً مفروض ، ويعينه القاضي عند النزاع بالمدة المألوفة لنقل هذه البضاعة بالوسائل التي يملكها عامل النقل (١) .

٥٩ - القانون مصدر لاجل : وقد يكون نص القانون هو مصدر

الاجل . ويقع أن يحدد القانون الموت أجلاً أو حداً أقصى للأجل ، كما فعل (م ١/٧٤١ مدني) في الإرادة المرتب مدى الحياة فقد جعل له أجلاً هو الموت ، وكما فعل (م ٧٥٤ مدني وما بعدها) في التأمين على الحياة فبالموت يحل دفع مبلغ التأمين عادة ، وكما فعل (م ١/٩٩٣ مدني) في حق المتفعة فإنه ينقضي حتماً بالموت إن لم ينقض قبل ذلك بانقضاء مدة معينة .

ويقع كذلك أن يحدد نص القانون الاجل بمدة معينة من الزمن ، أجلاً واحداً أو حداً أقصى للأجل . فقد قضت المادة ٦٧٣ من تقنين المرافعات بالزام الراسي عليه المزاد في التنفيذ العقاري بأن يودع الثمن خزانة المحكمة خلال ثلاثة

= وقد يمنح الدائن المدين أجلاً على سبيل التسامح والتفضل ، فيجيب له أن يسدد الدين آنفاً ، ولكن ذلك لا يمنعه من مطالبة المدين في أي وقت بكل الدين دون أن يحتج عليه المدين بالأجل الممنوح له على سبيل التسامح (استئناف مختلط ٢١ أبريل سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٥٣) .

(١) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٠٠ — ويصح أن يكون مصدر الاجل إرادة المدين المنفردة ، وليس إتفاقاً بينه وبين الدائن . ويقع ذلك كثيراً إذا صدر من أحد العاقدين إيجاب وحدد لالتزامه بالبقاء على الإيجاب ميماداً ، أو استخلص هذا الميعاد ضمناً من ظروف الحال أو طبيعة المعاملة (أنظر المادة ٩٣ مدني) .

الأسهر التالية لصيرورة البيع نهائياً . وقضت المادة ٥٦٣ من التقنين المدني بأنه إذا عقد الإيجار دون اتفاق على مدة ، فيعتبر الإيجار منعقداً للفترة المعينة لدفع الأجرة ، وينتهي بانقضاء هذه الفترة بناء على طلب أحد المتعاقدين إذا هو نبه على المتعاقد الآخر بالإخلاء في مواعيد معينة مبيئة في النص ، والأجل هنا أجل فاسخ في عقد زمني . ونصت المادة ٥٥٩ مدني على أنه « لا يجوز لمن لا يملك إلا حق الإدارة أن يعقد إيجاراً تزيد مدته على ثلاث سنوات إلا بترخيص من السلطة المختصة » ، وهذا هو حد أقصى للأجل الفاسخ في عقد زمني . ونصت الفقرة الثانية من المادة ٥٢٦ مدني في صدد مدة عقد الشركة على أنه « إذا انقضت المدة المعينة أو انتهى العمل ، ثم استمر الشركاء يقومون بعمل من نوع الأعمال التي تألفت لها الشركة ، امتد العقد سنة فسنة بالشروط ذاتها » . وقد حددت الفقرة الثانية من المادة ٦٧٨ مدني حداً أقصى لعقد العمل يلزم العامل فيه بالخدمة ، فنصت على أنه « إذا كان عقد العمل لمدة حياة العامل أو رب العمل أو لأكثر من خمس سنوات ، جاز للعامل بعد انقضاء خمس سنوات أن يفسخ العقد دون تعويض ، على أن ينظر رب العمل إلى ستة أشهر » . وحدد القانون مدة قصوى للملكية الأسرة ، فنصت المادة ٨٥٢ مدني على أنه « يجوز الاتفاق على إنشاء ملكية الأسرة لمدة لا تزيد على خمس عشرة سنة وإذا لم يكن للملكية المذكورة أجل معين ، كان لكل شريك أن يخرج نصيبه منها بعد ستة أشهر من يوم أن يعلن إلى الشركاء رغبته في إخراج نصيبه » . وحدد كذلك الحد الأقصى للبقاء في الشيوع ، فنصت المادة ٨٣٤ مدني على أن « لكل شريك أن يطالب بقسمة المال الشائع ما لم يكن مجبراً على البقاء في الشيوع بمقتضى نص أو اتفاق ، ولا يجوز بمقتضى الاتفاق أن تمنع القسمة إلى أجل يتجاوز خمس سنين ، فإذا كان الأجل لا يتجاوز هذه المدة نفذ الاتفاق في حق الشريك وفي حق من يخلفه » . وحدد كذلك حداً أقصى لمدة حق الحكر ، فنصت المادة ٩٩٩ مدني على أنه « لا يجوز التحكير لمدة تزيد على ستين سنة ، فإذا عينت مدة أطول أو أغفل تعيين المدة اعتبر الحكر معقوداً لمدة ستين سنة » .

وقد تصدر تشريعات استثنائية تمهل المدينين في دفع ديونهم ، وتمنحهم

أجالا ، أو توقف الوفاء بالديون moratoires (١) ، ويكون ذلك عادة عقب نشوب حرب يكون من شأنها قاب الموازين الاقتصادية ، أو عقب أزمات اقتصادية يخشى معها خراب المدينين إذا هم أخذوا بدفع ديونهم في المواعيد المحددة ، كما وقع ذلك في التسويات العقارية التي صدرت بها تشريعات تنظمها في مصر .

٦٠ - القضاء مصرر لمؤجل : وقد يكون القضاء هو مصدر الأجل ،

ويسمى الأجل القضائي في الفقه المصري بنظرة الميسرة .

والأصل في نظرة الميسرة (délai de grâce) أن المدين ، إذا كان يجب عليه الوفاء بدينه في الميعاد المتفق عليه ، إلا أنه إذا استدعت حالته الرأفة به ، ولم يلحق الدائن من التأجيل ضرر جسيم ، ولم يمنع من التأجيل نص في القانون ، يجوز للقاضي ، بهذه الشروط الثلاثة ، أن يمنح المدين أجلا أو أجالا معقولة يقي فيها بدينه . وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٣٤٦ مدني على هذا الحكم صراحة إذ تقول : « على أنه يجوز للقاضي ، في حالات استثنائية ، إذا لم يمنعه نص في القانون ، أن ينظر المدين إلى أجل معقول أو آجال ينفذ فيها التزامه ، إذا استدعت حالته ذلك ، ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم » .

ونظرة الميسرة ، كمنظرة الظروف الطارئة ، يراد بها التخفيف من عبء التزام المدين الجدير بالرأفة ، وهي تخفف العبء من حيث الإفصاح في أجل الوفاء ، كما تخفف الظروف الطارئة العبء من حيث تحديد مقدار الدين (٢) .

ونظرة الميسرة أجل واقف يمنحه القاضي كما رأينا ، ولكنه يختلف في أحكامه عن أحكام الأجل الواقف التي سنوردها ، وبخاصة من ناحية مسقطات الأجل ، اختلافاً كبيراً . وسائر التقنين المدني ، فلا نبحت نظرة الميسرة هنا ، بل عند الكلام في انقضاء الالتزام عن طريق الوفاء ، إذ يجب على المدين أن يفي الدين في ميعاده إلا إذا نظره القاضي إلى أجل (٣) .

(١) أنظر في فرنسا بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٢٣ .

(٢) تلوجز المؤلف فقرة ٤٨٩ ص ٤٩٩ .

(٣) وكان المشروع التمييزي التقنين المدني الجديد يشتمل على نص يحدد مصادر الأجل ، هو -

٢٥ - الحقوق التي يلحقها وصف الأجل

٦١ - الحقوق الشخصية والحقوق العينية عمراً عن الملكية . والأجل

وصف يلحق بوجه عام الحقوق الشخصية والحقوق العينية على السواء ،
أياً كان مصدر هذه الحقوق . فتحق المنفعة أياً كان مصدره مقترن بأجل
فاسخ حده الأقصى هو الموت كما قدمنا . كذلك حق الحكر لا يجوز أن تزيد
مدته على ستين سنة .

غير أن هناك حقاً عينياً واحداً - هو حق الملكية - لا يجوز أن يقترن
بأجل واقف أو فاسخ . ذلك أن طبيعة حق الملكية تقتضي أن يكون هذا الحق
أبدياً ، بل هو يتأبد في انتقاله من مالك إلى مالك ، فلا يصح أن يقترن بأجل
فاسخ لأن هذا يتعارض مع أبديته ، ولا بأجل واقف إذ يقابل هذا الأجل
أجل فاسخ في الجهة الأخرى (١) .

= المادة ٣٩٣ من هذا المشروع ، وكانت تجرى على الوجه الآتي : ١ - الأجل إما أن يكون
اتفاقياً يحدده المتعاقدان صراحة أو ضمناً ، وإما أن يكون بحكم القانون . ٢ - ويجوز للقاضي
في حالات استثنائية ، إذا لم يمنعه نص في القانون ، أن ينظر المدعى إلى أجل مقبول أو آجال
ينفذ فيها التزامه ، إذا استدعت حالته ذلك ، ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم .
(أنظر المذكرة الإيضاحية في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٣ في الهامش) . وقد حذفت
لجنة المراجعة هذا النص ، بعد أن نقلت الفقرة الثانية منه (الخاصة بنظر الميسرة) إلى الفصل
المعقود للوفاء كسبب من أسباب انقضاء الالتزام عد الكلام في ميعاد الوفاء (مجموعة الأعمال
التحضيرية ٣ ص ٢٣ في الهامش) .

ونصت المادة ١٠٦ من تقنين الموجبات والمعقود الثاني على ما يأتي : « الأجل المؤجل إما
قانوني أو منوح . فالقانوني هو المثبت في عقد إنشاء الموجب أو في عقد لاحق له أو المستمد
من القانون . والأجل الممنوح هو الذي يمنحه القاضي » . ونصت المادة ١٠٧ من هذا التقنين
على أن « الأجل القانوني صريح أو ضمنى : فهو صريح إذا كان مشروطاً صراحة ، وضمنى
إذا كان مستنبطاً من ماهية الموجب » .

(١) وقد نصت المادة ٢٩٢ من التقنين المدني العراقي على أنه « لا يصح في العقد اقتراح الملكية
بأجل » (أنظر عكس ذلك الأستاذ حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي
فقرة ١٥٤ ص ١٤٩) .

٦٢ - الحقوق التي لمعها وصف الأجل : فالحقوق المالية ، عدا حق الملكية ، تقبل الاقتران بالأجل كما قدمنا . أما الحقوق المتعلقة بالأحوال الشخصية فلا تقبل الاقتران بالأجل ، كما لا تقبل التعليق على الشرط . فالزواج إلى أجل أو مقترناً بأجل واقف لا يجوز ، وكذلك الطلاق والحجر والإذن بالتجارة والحقوق المتولدة من النسب ونحو ذلك من الحقوق .

الفرع الثاني

ما يترتب على الأجل من الآثار

٦٣ - النص من القانونية : تنص المادة ٢٧٤ من التقنين المدني على ما يأتي :

- ١ - إذا كان الالتزام مقترناً بأجل واقف ، فانه لا يكون نافذاً إلا في الوقت الذي ينقضي فيه الأجل . على أنه يجوز للدائن ، حتى قبل انقضاء الأجل ، أن يتخذ من الإجراءات ما يحافظ به على حقوقه . وله بوجه خاص أن يطالب بتأمين إذا خشي إفلاس المدين أو إعساره واستند في ذلك إلى سبب معقول .
- ٢ - ويترتب على انقضاء الأجل الفاسخ زوال الالتزام ، دون أن يكون لهذا الزوال أثر رجعي (١) .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكن الأحكام التي يقضى بها كان معمولاً بها دون حاجة إلى نص .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٣٩٨ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٢٨٦ من المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٢٧٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٤ — ص ٣٥) . وانظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٤ — ص ٣٥ .

وبقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى: في التقنين المدني السوري المادة ٢٧٤ ، وفي التقنين المدني الليبي المادة ٢٦١ ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ٢٩٣ ، وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المواد ١٠٨ و ١١١ و ١١٧ و ١١٨ (١) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري : م ٢٧٤ (مطابقة المادة ٢٧٤ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي : م ٢٦١ (مطابقة المادة ٢٧٤ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي : م ٢٩٣ : ١ - المقد المضاف إلى أجل واقف ينفذ سبباً في الحال ، ولكن يتأخر وقوع حكه إلى حلول الوقت المضاف إليه . ٢ - والمقد المقترن بأجل فاسخ يكون نافذاً في الحال ، ولكن يترتب على انتهاء الأجل انقضاء المقد . (والحكم واحد في التقنينين المصري والعراقي ، وعبارة التقنين العراقي مستمدة من لغة الفقه الإسلامي . قارن الأستاذ حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ١٥٤) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني : م ١٠٨ : أن الأجل المؤجل لا يقتصر على جعل الموجب غير مستحق الإيفاء ، بل يمنع عنه حكم مرور الزمن ما دام الأجل لم يحل . أما إذا كان الموجب قد نفذ ، فلا وجه لاسترداد ما لم يجب .

م ١١١ : إن الدائن إلى أجل يمكنه حتى قبل الاستحقاق أن يتوصل بكل الوسائل الاحتياطية لصيانة حقوقه وأن يطلب كفالة أو غيرها من وجوه التأمين أو أن يعمد إلى الحجز الاحتياطي حين يجد من الأسباب الصحيحة ما يحمله على الخوف من عيـد ملاءة المدين أو من إفلاسه أو من هربه .

م ١١٧ : إن الموجبات التي موضوعها إجراء أمر متواصل أو سلسلة أمور متتابعة يكون مفعول الأجل فيها إسقاط .

م ١١٨ : الموجب ذي الأجل المسقط مقاعيل الموجب البسيط ما دام ذلك الأجل لم يحل . وعند حلوله تنقطع مقاعيل الموجب فيما يختص بالمستقبل فقط .

(ورغم إفاضة التقنين اللبناني في التفصيلات فإن الأحكام واحدة في التقنينين المصري واللبناني فيما عدا ما يأتي : (١) لا يميز التقنين اللبناني رد الدين المؤجل إذا كان قد وقي قبل حلول الأجل ، ويميز التقنين المصري ذلك على تفصيل سيأتي (م ١٨٣ مصري) — (٢) يميز التقنين اللبناني الحجز التحفظي بالدين المؤجل ، أما تقنين المرافعات المصري فيشترط في الحجز التحفظي أن يكون الدين محقق الوجود حال الأداء (م ٥٤٣ و ٦٠٤ مرافعات مصري) — ويلاحظ أيضاً أن المادة ١١٧ من التقنين اللبناني تعرض للالتزامات الناشئة من عقود زمنية ، ولكن لتقرر جواز أن يقترن بها أجل فاسخ يكون مفعوله عند انقضائه إسقاط الالتزام) .

٦٤ - قبل حلول الأجل وعند حلول الأجل : ويتبين من النص المتقدم أنه هنا أيضاً ، كما في الشرط ، يجب أن نميز بين مرحلتين : (١) المرحلة السابقة على حلول الأجل ، أى وقت قيام الأجل . (٢) ومرحلة حلول الأجل ، وهذه المرحلة لا تحتل إلا صورة واحدة هى أن يحل الأجل فعلاً . ويختلف الشرط عن الأجل فى ذلك بأن مرحلة ما بعد التعليق تحتل تحقق الشرط أو تخلفه ، لأن الشرط ، خلافاً للأجل ، أمر غير محقق الوقوع .

المبحث الأول

الآثار قبل حلول الأجل

§ ١ - الأجل الواقف

٦٥ - الحق المقترن بأجل واقف من موجود وهو كامل الوجود : والحق المقترن بأجل واقف هو حق موجود كالحق المعلق على شرط واقف ، بل هو أقوى وجوداً ، إذ الحق المعلق على شرط واقف حق ناقص كما رأينا ، أما الحق المقترن بأجل واقف فهو كامل الوجود .

ويترتب على وجود الحق المقترن بأجل واقف من النتائج ما سبق أن رتبناه على وجود الحق المعلق على شرط واقف ، ويزيد نتائج أخرى مستمدة من كمال وجوده .

فمن النتائج المستمدة من محض الوجود ما يأتى :

(١) ينتقل هذا الحق من صاحبه إلى الغير بالتصرف والميراث وغير ذلك من أسباب انتقال الحقوق ، على التفصيل الذى قررناه بالنسبة إلى الحق المشروط .

(٢) يجوز لصاحب هذا الحق أن يجرى الأعمال المادية اللازمة لصيانته من التلف . ولا يجوز لمن عليه الحق أن يقوم بأى عمل من شأنه أن يمنع استعمال الحق عند حلول أجله أو يزيده صعوبة ، وذلك كله على التفصيل الوارد فى الحق المشروط .

(٣) يجوز لصاحب هذا الحق أن يقوم بالأعمال التحفظية اللازمة للمحافظة على حقه ، كوضع الأختام وتحرير قوائم الجرد وقيّد الرهون الرسمية وتجديد القيد والتدخل في القسمة ووضع الحراسة على الأعيان ورفع دعاوى تحقيق الخطوط (١) ورفع الدعوى غير المباشرة ودعوى الصورية ، دون الدعوى البولصية لأن الحق غير مستحق الأداء . وله بوجه خاص - كما تقول المادة ١/٢٧٤ مدني - أن يطالب بتأمين إذا خشي - مستنداً في ذلك إلى سبب معقول ولا يكفي مجرد الخشية الذاتية إذا لم تكن مستندة إلى سبب يبررها - إفلاس المدين أو إفساره . فإذا لم يقدم المدين التأمين ، ترتب على ذلك سقوط الأجل ، قياساً على حكم المادة ٢٧٣ مدني وسيأتي ذكرها (٢) . وقد قدمنا كل ذلك في الحق المشروط (٣) .

(١) وغني عن البيان أن الحكم الذي يحصل عليه الدائن بصحة السند المثبت لدين مؤجل لا يستطيع الحصول بموجبه على حق اختصاص ، لأن حق الاختصاص لا يؤخذ إلا بموجب حكم واجب التنفيذ في موضوع الدعوى أي بالدين نفسه (م ١٠٨٥ مدني) . وفي فرنسا قانون قديم صدر في ٣ سبتمبر سنة ١٨٠٧ ويقضى بأنه إذا صدر حكم بصحة دين قبل حلول أجله ، فلا يجوز الحصول بموجب هذا الحكم على رهن عام (وهو ما يقابل حق الاختصاص عندنا) على أموال المدين إلا إذا لم يدفع المدين الدين عند حلول أجله ، وهذا ما لم يوجد اتفاق على غيره (بودري وبارد ٢ فقرة ٩٩٨ - بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٠٥ ص ٣٤٤) . وري أكثر الفقهاء أن قانون ٣ سبتمبر سنة ١٨٠٧ اقتصر في نصه على حالة الحكم بصحة السند العرفي المثبت للدين ، فإذا كان الدين غير ثابت في سند ما ، أو كان ثابتاً في سند رسمي ، فإنه لا يجوز رفع دعوى بصحة الدين قبل حلول الأجل ، إذ لو جاز ذلك لاستطاع للدائن أن يحصل على الرهن العام عند حلول الأجل ، وهذا يخالف المقد القائم ما بين الطرفين ، فإن المدين لم يرض أن يعطى للدائن رهنًا خاصاً فكيف يجوز للدائن أن يحصل على رهن عام ! (ديولومب ٢٥ فقرة ٦١٧ - لوران ١٧ فقرة ١٨٨ - أوبري ورو ٤ فقرة ٣٠٣ هاش رقم ٣ - بودري وبارد ٢ فقرة ٩٩٩ - عكس ذلك لاروميير ٣ م ١١٨٦ فقرة ٢٤) .

(٢) ويعتبر التزام المدين بتقديم التأمين أو دفع الدين فوراً التزاماً تخييرياً مصدره نص القانون ، وحق الخيار فيه للمدين (أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٧ - ص ٣٨) .

(٣) أما قطع التقادم فلا فائدة منه ، لأن الدين المؤجل لا يسرى في حقه التقادم إلا عند حلول الأجل ، فإذا حل الأجل وبدأ التقادم يسرى كان للدائن بطبيعة الحال أن يقطعه (بودري وبارد ٢ فقرة ٩٩٤) .

(٤) يجوز لصاحب هذا الحق أن يدخل في التوزيع ، بل إذا كان التوزيع نتيجة إفلاس المدين أو إعساره ، فإن الأجل الواقف يسقط كما سئى ، ويستوفى الدائن حقه باعتبار أنه حال مستحق الأداء

ومن النتائج المستمدة من كمال الوجود - ويزيد فيها الحق المقترن بأجل على الحق المشروط - ما يأتى :

(١) يسقط الأجل الواقف، ويصبح الحق المؤجل مستحق الأداء، إذا شهر إفلاس المدين أو إعساره .

(٢) بل إن المدين إذا أضعف بفعله التأمينات التى أعطاهها للدائن ، أو لم يقدم ما وعد به من تأمين ، فإن الأجل يسقط كذلك على تفصيل سنذكره فيما بعد .

(٣) بل إن ضعف التأمين أو الخشية من إفلاس المدين أو إعساره خشية تستند إلى سبب معقول ، ولو رجع ذلك إلى سبب خارج عن إرادة المدين ، يكتفى لإسقاط الأجل ، إلا إذا قدم المدين تأميناً كافياً .

(٤) وإذا هلك الشيء محل الحق المؤجل بسبب أجنبي قبل حلول الأجل ، كان الهلاك على الدائن لا على المدين ، لأن الشيء قد أصبح حقاً مؤكداً له فهلك عليه ، بخلاف ما رأيناه فى الشرط . فإذا هلكت العين المؤجرة فى يد المستأجر قبل حلول أجل ردها ، أو هلكت الوديعة فى يد حافظ الوديعة قبل انقضاء أجل الوديعة ، كان الهلاك على الدائن ، أى المؤجر أو المودع . أما إذا كان العقد بيعاً فقد رأينا أن العين تهلك على البائع ، فإذا حدد أجل لتسليم العين المبيعة إلى المشتري ، وهلكت العين قبل التسليم ، فإهلاك على البائع لا على المشتري أى على المدين لا الدائن (١) ، وهذا هو حكم العقد إذا كان ناقلاً للملكية .

٦٦ - ولكنه هو غير نافع : على أن الحق المقترن بأجل واقف ، إذا كان حقاً موجوداً كاملاً الوجود ، فإنه مع ذلك حق غير نافذ . وتقول المادة

(١) والفرن ٢ ص ٣٦٥ - الموجز المؤلف بقرة ٤٨٦ ص ٤٩٥ .

١/٢٧٤ مدى أن هذا الحق لا يكون نافداً إلا في الوقت الذي ينتضي فيه الأجل .

ومن النتائج التي تترتب على عدم نفاذه إلى حين حلول الأجل ما يأتي :

١ - لا يجوز للدائن أن يجبر المدين على أداء الدين المؤجل قبل حلول الأجل . فان هذا الدين لا يقبل التنفيذ الجبري ما دام الأجل قائماً (١).

٢ - وكذلك لا يقبل الدين المؤجل التنفيذ الاختياري ، فإذا أداه المدين قبل حلول الأجل اختياراً . ولكن عن غلط معتقداً أن الأجل قد حل أو معتقداً أن الدين حال غير مؤجل ، جاز له أن يسترده من الدائن ما دام الأجل لم يحل وفقاً لأحكام استرداد غير المستحق . على أنه يجوز للدائن - بل ويلزم بذلك

(١) ويترتب على ذلك : (١) إذا رفع الدائن الدعوى يطالب بوفاء الدين قبل حلول الأجل ، رفضت دعواه ، حتى لو تمهد أنه لا ينفذ الحكم إلا عند حلول الأجل (لوران ١٧ فقرة ١٨٤ - أوربي ورو ٤ فقرة ٣٠٣ ص ١٣٢ - بودري وبارد ٢ فقرة ٩٩٠ - بلانيول وريبير وجابوله ٨ فقرة ١٠٠٥) . (ب) وإذا لم يحضر المدين : جاز للقاضي من تلقاء نفسه أن يرفض الدعوى ، لأن الحكم يدفع دين لم يحل أحله لا يجوز ويكون واجباً نقضه (ديمولومب ٢٥ فقرة ٦٠٨ - أوربي ورو ٤ فقرة ٣٠٣ وهامش رقم ١١ - بودري وبارد ٢ فقرة ٩٩٠ - ولكن قارن دريدا Derrida في أنيكلويدى دالوز ه لفظ terme فقرة ٢٢) . (ج) ويرفض الدعوى واجب حتى لو حل أجل الدين أثناء نظرها ، لأن الحكم يستند إلى يوم رفع الدعوى وفي هذا اليوم لم يكن الدين مستحق الأداء (لارومبيير ٣ م ١١٨٦ فقرة ٢٦ - باوتان على أوربي ورو ٤ فقرة ٣٠٣ هامش ١٠ مكرر - بودري وبارد ٢ فقرة ٩٩٠ - بلانيول وريبير وجابوله ٧ فقرة ١٠٠٥) . ولكن هذه المسألة فيها نظر : فقد يقال أن القاضي يحكم بالوفاء ما دام الدين قد استحق أثناء نظر الدعوى ، غير أنه يجعل المصروفات على الدائن إذ تعجل في رفع الدعوى قبل حلول الأجل ، وذلك اقتصاداً في مجهود القاضي (أنظر نروليه ٦ فقرة ٦٦٤) . وفي القضاء المختلط حكان متعارضان في هذه المسألة ، فقد قضت محكمة القضاء المستعجل بالاسكندرية بأن دعوى إخلاء العین المؤجرة أمام القضاة المستعجل تكون غير مقبولة فيها قبل الأوان إذا هي رفضت قبل أن ينتضي عقد الإيجار ، حتى لو انقضى التمد أثناء نظر الدعوى ولم يادر المستأجر إلى إخلاء الدين (الاسكندرية القضاء المستعجل ٣ ديسمبر سنة ١٩١٩ جازيت ١٠ رقم ١٩ ص ١٣) . ولكن محكمة الاستئناف المختلطة قضت - من جهة أخرى ، بأنه إذا رفضت دعوى الوفاء بالدين قبل حلول أجله ، ولكن حل الأجل أثناء نظر الدعوى دون أن يعرض المدين الوفاء ، فلا يحل للحكم برفض الدعوى نزعها قبيل الأوان (استئناف مختلط أول مارس سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ١٤٣) .

إذا كان الأجل قد حل قبل الاسترداد - أن يقتصر على رد ما استفاده بسبب الوفاء المعجل بشرط ألا يزيد ذلك على ما لحق المدين من ضرر طبقاً لقواعد الإثراء بلا سبب . فإذا كان الدين الذي عجله المدين نقوداً ، التزم الدائن أن يرد الفائدة بالسعر القانوني أو الاتفاقى عن المدة التي كانت باقية لحلول الأجل . وقد كان هناك رأى في عهد التقنين المدني السابق يذهب إلى أن الدين المؤجل إذا عجل ، ولو عن غلط ، لا يسترد ، لأن المدين يكون قد دفع ما هو مستحق عليه ، إذ الدين المؤجل - خلافاً للدين المعلق على شرط - موجود كامل الوجود (١) . ولكن التقنين المدني الجديد حسم هذا الخلاف بنص صريح ،

(١) أنظر في هذا المعنى الموجز المؤلف فقرة ٤٨٦ ص ٤٩٤ - الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٦٧٦ ص ٥٠٦ (وانظر في أن المرة بتاريخ الوفاء المعجل ، فإن وقع قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ طبق التقنين السابق ، وإلا طبق التقنين الجديد : الوسيط جزء أول ص ١٢٢٠ هامش رقم ٣) . وانظر عكس ذلك : والتون ٢ ص ٣٦٢ - ص ٣٦٤ (ويذهب إلى أن الدين المؤجل إذا دفع عن بينة لا يسترد ، وإذا دفع عن غلط استرد) .

وفي الفقه الفرنسى وقع خلاف في هذه المسألة ، فأغلبية الفقهاء يذهبون إلى عدم جواز استرداد ما دفع عن غلط قبل حلول الأجل ، لأن التقنين المدني الفرنسى يشمل على نص في هذا المعنى هو المادة ١١٨٦ ، وتقضى بأن ما كان غير مستحق الوفاء إلا بعد أجل لا تجوز المطالبة به إلا عند حلول الأجل ، ولكن ما عجل الوفاء به لا يسترد (توليه ١١ فقرة ٥٩ - أورى ورو ٤ فقرة ٣٠٣ ص ١٢٦ - لارومبيير ١١٨٦ م ٣ فقرة ٣٤ - لوران ١٧ فقرة ١٨٥ - هيك ٧ فقرة ٢٨٤ - بودرى وبارد ٢ فقرة ٩٨٨ - بلانيول وريبير وجابول ٧ فقرة ١٠٠٩ - بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٧٠٧ - بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ١٤٩٧ - كولان وكابيتان ٢ فقرة ٦٦٣ ص ٤٥٢ - جوسران ٢ فقرة ٧٢٧) . ولكن بعض الفقهاء يفسرون النص المتقدم بأن من يدفع قبل الأجل عن بينة - لا عن غلط - لا يجوز له أن يسترد ، أما إذا دفع عن غلط فقد دفع غير المستحق وجاز له الاسترداد (ماركاديه ٤ فقرة ٥٧٢ - ديمولومب ٢٥ فقرة ٦٣٣ - فقرة ٦٣٤) - وهذا والفقهاء الذين يذهبون إلى عدم جواز الاسترداد حتى لو كان الدفع عن غلط يختلفون فيما بينهم : فبعضهم يميز للدين أن يسترد من الدائن ثمار ما دفعه قبل الأجل دون أن يسترد الأصل (ديرانتون ١١ فقرة ١١٣ - مورلون فقرة ١٢٢٢ - لوران ١٧ فقرة ١١٦) ، وبعض آخر لا يميز للدين أن يسترد الأصل ولا الثمار (توليه ١١ فقرة ٥٩ - أورى ورو ٤ فقرة ٣:٣ هامش رقم ١٠ - لارومبيير ٣ م ١١٨٦ فقرة ٣٥ - هيك ٧ فقرة ٢٨٥ - بودرى وبارد ٢ فقرة ٩٨٩ - بلانيول وريبير وجابول ٧ فقرة ١٠٠٩ ص ٢٤٨ - بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٧٠٥ - بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ١٤٩٨) .

هو المادة ١٨٣ وتنص على أنه « ١ - يصبح كذلك استرداد غير المستحق إذا كان الوفاء قد تم تنفيذاً للالتزام لم يحل أجله وكان الموفى جاهلاً بقيام الأجل .
٢ - على أنه يجوز للدائن أن يقتصر على رد ما استفاده بسبب الوفاء المعجل في حدود ما لحق المدين من ضرر . فإذا كان الالتزام الذي لم يحل أجله نقوداً .
التزم الدائن أن يرد للمدين فائدتها بسعرها القانوني أو الاتفاق عن المدة الباقية لحلول الأجل (١) » . ويبرر هذا الحكم أن المدين قد عجل الدين عن غلط وهو يجهل قيام الأجل ، والأجل يقابله منفعة ، فإذا كان قد دفع المستحق فبما يتعلق بالدين ذاته لأن الدين المؤجل موجود كما قدمنا ، ألا أنه دفعه قبل حلول الأجل . فكان له أن يسترد المنفعة التي تقابل الأجل وهذه غير مستحقة ، وبهذا تقضى المادة ١٨٣ كما رأينا (٢) .

وغنى عن البيان أن المدين إذا دفع الدين المؤجل قبل حلول الأجل وهو عالم بقيامه ، فإنه يعتبر متنازلاً عن الأجل ، والتنازل من مسقطات الأجل كما سنرى ، وبذلك يصبح الدين حالاً مستحق الأداء ، فلا يسترد شيئاً من الدائن في هذه الحالة .

٣ - ولما كان الدين المؤجل غير نافذ وغير مستحق الأداء . فإن المقاصة القانونية لا تقع بينه وبين دين آخر مستحق الأداء للمدين على الدائن ، لأن المقاصة القانونية لا تكون إلا في دينين مستحقين الأداء ، ولأن التنفيذ الجبرى ممتنع في الدين المؤجل والمقاصة القانونية ضرب من التنفيذ الجبرى (٣) .

(١) وقد سبق شرح هذا النص في الجزء الأول من الوسيط عند الكلام في دفع غير المستحق (الوسيط ١ فقرة ٨٤٧) .

(٢) وقد أوردت المذكرة الإيضاحية المشروع التمهيدي تطبيقاً عملياً لهذا الحكم إذ تقول : « فيحق مثلاً لمقاول اعتقد خطأ أنه ملزم بتسليم بناء قبل الموعد المقرر بسة أشهر ، وتحمل بسبب ذلك نفقات إضافية ، أن يطالب الدائن ، إذا لم يشأ أن يرد البناء الذي تسلمه إلى أن يحل الأجل ، بأقل القيمتين : قيمة النفقات الإضافية وقيمة إيراد البناء في خلال الشهور الستة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٥٢) .

(٣) ولكن إذا كان من يتسلك بالمقاصة لحق له مؤجل يستند في تمسكه إلى أن الأجل في صالحه وقد نزل عنه ، جاز له ذلك (بودرى وبارد ٢ فقرة ٩٩١ - بلانيول وروبير وجابوله ٧ فقرة ١٠٠٥ ص ٣٤٤) .

٤ - ولما كان الدين المؤجل غير مستحق الأداء ، فانه لا يجوز للدائن صاحب هذا الحق أن يوقع به حجزاً تحفظياً تحت يد مدين مدينه ، ولا يجوز أن يوقع به أى حجز تحفظى آخر (١) ، فان الحجز التحفظية ، طبقاً لصريح نص المادتين ٥٤٣ و ٦٠٤ من تقنين المرافعات ، تقتضى أن يكون الدين المحجوز به محقق الوجود حال الأداء ، والدين المؤجل إذا كان محقق الوجود فهو غير حال الأداء (٢) .

٥ - ولا يجوز للدائن إذا كان حقه مؤجلاً أن يستعمل الدعوى البولصية ، لأن هذه الدعوى تقتضى أن يكون حق الدائن مستحق الأداء . ويلاحظ أن إعسار المدين ، وهو شرط فى الدعوى البولصية ، لا يؤدى إلى إسقاط الأجل ، إذ الأجل لا يسقط إلا بشهر إعسار المدين كما سنرى . وإذا شهر إعسار المدين ، لم يعد الدائن فى حاجة إلى رفع الدعوى البولصية ، إلا إذا كان ذلك بالنسبة إلى تصرف صدر من المدين قبل شهر الإعسار ، وعند ذلك يرفع الدائن الدعوى البولصية بموجب حق مستحق الأداء أسقط شهر الإعسار أجله .

٦ - ولما كان الدين المؤجل لا يستحق الأداء إلا عند حلول الأجل ، فان التقادم المسقط لا يسرى فى حقه ما دام الأجل قائماً ، ولا يسرى إلا منذ حلول الأجل (٣) .

(١) وقد كان هذا هو أيضاً الحكم فى عهد التقنين المدنى السابق (استئناف مختلط ١٧ أبريل سنة ١٩٠٠ م ١٢ - ٢٠٣ ٢ أبريل سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٢٢ - ١١ فبراير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٦١ - ١٨ نوفمبر سنة ١٩٢٦ م ٣٩ ص ٢٣ - ٢٩ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٤١ - الموجز للمؤلف فقرة ٤٨٦ ص ٤٩٥) .

(٢) ويذهب الفقه الفرنسى فى هذه المسألة إلى نفس الحكم الذى قطعت به عندنا النصوص الصريحة المشار إليها فى تقنين المرافعات (ديمولومب ٢٥ فقرة ٦١٠ - لارومبيير ٢ م ١١٦٦ فقرة ٢١ - لوران ١٧ فقرة ١٨٧ - بودرى وبارد ٢ فقرة ٥٩٥ - بلانيول وريبير وجابوله ٧ فقرة ١٠٠٥ ص ٣٤٤ - جارسونية الطبعة الثانية ٤ فقرة ١٣٨٩ ص ٢٣٦) . ولكن الرأى الراجح فى الفقه الفرنسى أن نظرة الميسرة لا تمنع الدائن من توقيع حجز ما للمدين لدى الغير (بلانيول وريبير وجابوله ٧ فقرة ١٠٢١ ص ٣٦٤) .

(٣) وقد قلنا أن الأجل إذا كان موكولاً تميته إلى إرادة الدائن ، كما إذا اتفق على حلول -

٧ - كذلك لا يجوز للدائن إذا كان حقه مؤجلاً أن يحبس حقاً للمدين عنده ، فإن الحبس لا يكون إلا للدين مستحق الأداء ، وقد سبق بيان ذلك (١) .

§ ٢ - الأجل الفاسخ

٦٧ - الحق المقترن بأجل فاسخ موجود ونافذ : وهنا نتجاوز فنعتبر العقود الزمنية مقترنة بأجل فاسخ ، لأنها هي الكثرة الغالبة في هذا الميدان من الناحية العملية .

وتمكن المقارنة ما بين الحق المقترن بأجل فاسخ والحق المعلق على شرط فاسخ في أنهما يتفقان في الوجود والنفاذ ، ويختلفان في أن الحق المعلق على شرط فاسخ حق موجود على خطر الزوال كما قدمنا ، أما الحق المقترن بأجل فاسخ فحق مؤكد الزوال عند حلول الأجل ، فهو أضعف في هذه الناحية من الحق المعلق على شرط فاسخ ، ولكنه أقوى منه في ناحية أخرى إذ أنه عندما يزول لا يزول بأثر رجعي كالحق المعلق على شرط فاسخ بل لا بد أن يوجد مدة من الزمن .

فصاحب الحق المقترن بأجل فاسخ يملكه حالاً ، وله أن يديره ، وأن يتصرف فيه بجميع أنواع التصرفات الجائزة ، وتنفذ جميع تصرفاته فوراً ولكن في حدود حقه وهو حق محدود بأجله فهو حق مؤقت ضرورة . فالمستأجر مثلاً تستطيع أن تتصرف في حقه بالإيجار من الباطن وبالتنازل عن الإيجار لغيره ، ويكون ذلك بطبيعة الحال في حدود الإيجار الأصلي .

والدائن بأجل فاسخ له حق حال واجب الأداء ، ويستطيع أن يتقاضاه من المدين طوعاً أو كرهاً ، أى بطريق التنفيذ الاختياري أو بطريق التنفيذ القهري .

= الدين بعد إخطار الدائن المدين بثلاثة أشهر مثلاً ، فإن التقادم يسرى في حق هذا الدين من وقت وجوده لا من وقت حلول الأجل الموكول إلى إرادة الدائن ، وإلا كان غير قابل للتقادم (لوبري ورو ٤ فقرة ٣٠٣ ص ١٢٥ - وأنظر آنفاً فقرة ٥٠ في الماشي) .

(١) الوسيط ٢ فقرة ٦٤٢ ص ١١٤٣ .

وله أن يوقع حجز ما للمدين لدى الغير والحجوز التحفظية الأخرى ، وأن يستعمل الدعوى البولصية . وأن يحبس ما تحت يده للمدين حتى يستوفى حقه . ولما كان هذا الحق واجب الأداء ، فإن التقادم المسقط يسرى ضده منذ نشوئه (١) .

٦٨ - ولكن الحق المقرره بأجل فاسخ مؤكده الزوال : وهذا هو

المعنى الجوهرى للأجل الفاسخ . فالحق المقرن به حق مؤقت بطبيعته ، وينتهى حتماً بانتهاء الأجل .

ويترتب على ذلك أن جميع تصرفات صاحب الحق المقرن بأجل فاسخ تكون مقيدة بخدود هذا الحق ، فهى مؤقتة مثله ، إذ لا يستطيع الشخص أن ينقل إلى غيره أكثر مما له .

المبحث الثانى

الآثار عند حلول الأجل

§ ١ - كيف يحل الأجل

٦٩ - أسباب سقوط حلول الاجل : يحل الأجل بأحد أسباب ثلاثة :

(١) بانقضائه (٢) أو بسقوطه (٣) أو بالنزول عنه ممن لهم مصلحة فيه (٤) . ولا يتصور فى الأجل ، كما أمكن التصور فى الشرط ، أنه قد يتخلف ، فالأجل كما علمنا أمر محقق الوقوع .

(١) ولا تثار بالنسبة إلى الحق المقرن بأجل فاسخ ما أثير بالنسبة إلى الحق الملحق على شرط فاسخ من مسائل التطهير والشفعة والتقادم المكسب والمقاصة القانونية ، فإن الحق المقرن بأجل فاسخ حق مصيره حتماً إلى الزوال ، فلا يقوى على مثل هذه الأوضاع القانونية .

(٢) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « والأصل أن ينقضى الأجل بالحلول أو السقوط أو التنازل . على أن لانقضاء الأجل أسباباً أخرى ترضى فى أحوال خاصة : كانقضاء الأجل بالموت فى حالة تصفية التركة ، وسقوط الأجل القضائى بوقوع المقاصة أو بقيام دائن آخر بالتنفيذ على أموال المدين أو بتحقيق الاقتدار على الوفاء » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٤ فى الهامش) .

٧٠ - مآول الأجل بانقضاء : أول سبب لحلول الأجل - واقفاً

كان الأجل أو فاسخاً - هو انقضاؤه ، وهذا هو السبب الطبيعي المألوف . وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يشتمل على نص فى هذه المسألة ، هو المادة ٣٩٤ من هذا المشروع ، وكانت تجرى على الوجه الآتى :
١ - يحل الأجل إذا تحقق الأمر المنتظر أو انقضى الميعاد المضروب . ٢ - إذا جعل مبدأ سريان الأجل من وقت وقوع أمر معين ، فلا يحسب اليوم الذى يقع فيه هذا الأمر عند حساب الأجل . ٣ - إذا كان الميعاد بالأيام ، فيحسب اليوم من منتصف الليلة إلى منتصف الليلة التالية . وإذا كان بالأسابيع أو بالشهور أو بالسنين ، فانه ينقضى فى اليوم الذى يتفق فى تسميته أو فى تاريخه مع اليوم الذى بدأ فيه الميعاد ، فان لم يوجد مثل هذا اليوم فى الشهر الأخير فان الأجل ينقضى فى اليوم الأخير من هذا الشهر . وإذا كان الأجل نصف شهر ، فتكون مدته خمسة عشر يوماً مهما كان عدد أيام الشهر . وقد حذفت لجنة المراجعة هذه المادة ، لأنها تتضمن حكماً تفصيلياً لا ضرورة له (١) .

وغنى عن البيان أن النص المحذوف ليس إلا تطبيقاً تفصيلياً للقواعد العامة ، ومن ثم تسرى أحكامه بالرغم من حذفه استناداً إلى هذه القواعد . فيحل الأجل بوقوع الأمر المنتظر الذى ضرب أحلا ، كرجوع القافلة الأولى من الحجيج وقد قدمت فى يوم معين ، فيحل الأجل برجوعها فى هذا اليوم .

وإنما يحل الأجل عادة بانقضاء الميعاد المضروب ، لأن الأجل أكثر ما يكون تاريخاً فى التقويم كما قدمنا . فإذا حدد تاريخ معين - يوم أول يناير سنة ١٩٥٨ مثلاً - فان الأجل يحل فى هذا اليوم بالذات ، ولكن يحدث أن يحدد الأجل بوقت معين ينقضى من وقت وقوع أمر معين ، كعشرة أيام من وقت بيع القطن ، فلا يحسب اليوم الذى بيع فيه القطن ، وتعد عشرة أيام من بعده ، وعند انتهاء اليوم العاشر يحل الأجل .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٤ فى الماش - وقارب المادة ٢٠ من تقنين المرافعات .

وقد يجعل الأجل أياماً أو أسابيع أو شهوراً أو سنين . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذه المسألة ما نكتفى بنقله هنا :

« ويراعى أن أخص ما يعرض فى هذا الشأن تعيين مبدأ سريان الأجل وموعد انقضائه . فلا يدخل فى حساب الأجل اليوم الذى يقع فيه الأمر الذى يضاف إليه بدء سريانه . فإذا جعل الأجل مثلاً ثلاثة أيام بعد الوصول من رحلة ، فلا يدخل يوم الوصول فى حساب هذا الأجل . ولتعيين موعد انقضاء الأجل بحسب اليوم من منتصف الليلة إلى منتصف الليلة التالية إذا كان الميعاد بالأيام . أما إذا كان الميعاد بالأسابيع أو بالشهور أو بالسنين ، فانه ينقضى فى اليوم الذى يتفق فى إسمه (الخميس مثلاً) أو فى تاريخه (كأول يناير مثلاً) مع اليوم الذى بدأ فيه الميعاد ، بعد حساب عدد الأسابيع أو الشهور أو السنين . فإذا جعل الأجل مثلاً ثلاثة أسابيع تبدأ من الخميس الثانى من شهر مارس ، كان موعد انقضائه الخميس الأول من شهر أبريل . وإذا جعل ثلاثة أشهر تبدأ من ٢٠ فبراير ، كان موعد انقضائه ٢٠ مايو . وإذا جعل ثلاث سنوات تبدأ من ٢٨ فبراير سنة ١٩٣٩ ، كان موعد انقضائه ٢٨ فبراير سنة ١٩٤٢ . وإذا كان الأجل شهرين يبدأ من ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٣٩ ، انقضى فى ٢٩ فبراير سنة ١٩٤٠ ، لأن اليوم المقابل لليوم الذى بدأ فيه سريان الميعاد لا نظير له فى الشهر الأخير ، وعلى هذا النحو ينقضى الميعاد فى آخر يوم من فبراير أى فى اليوم التاسع والعشرين لوقوع هذا الشهر فى سنة كبيسة . وإذا كان الأجل نصف شهر ، اعتبرت مدته خمسة عشر يوماً مهما كان عدد أيام الشهر . فإذا جعل الأجل نصف شهر يبدأ من منتصف ليل أول فبراير ، اعتبر منقضاً فى منتصف ليل ١٥ فبراير . وإذا جعل بدء سريان هذا الأجل منتصف ليل يوم ٢٠ مارس ، انقضى فى منتصف ليل ٤ أبريل . ويراعى فى جميع الأحوال أنه إذا كان آخر يوم من أيام الأجل يوم عطلة ، أو يوماً لا يتيسر فيه تنفيذ الالتزام من جراء أمر يقتضيه القانون ، فلا ينقضى الميعاد إلا فى اليوم التالى (١) . »

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٤ فى المباحث — وقد غاى تقنين الموجبات والعقود البنائى فى كل هذه التفصيلات ، فأورد النصوص الآتية : م ١٠٢ — إن مهلة الأجل تبتدىء من تاريخ العقد إذا لم يمين التوقيع أو القانون تاريخاً آخر . أما فى الموجبات الناشئة من جرم —

٧١ - ماول الاجل بسقوط - نص قانوني : وقد يحل الاجل ،

قبل انقضائه ، بالسقوط . وتنص المادة ٢٧٣ من التقنين المدني في هذا الصدد على ما يأتي :

« يسقط حق المدين في الاجل : »

١ - إذا شهر إفلاسه أو إعساره وفقاً لنصوص القانون .

٢ - إذا أضعف بفعله إلى حد كبير ما أعطى الدائن من تأمين خاص ،

ولو كان هذا التأمين قد أعطى بعقد لاحق أو بمقتضى القانون ، هذا ما لم يؤثر الدائن أن يطالب بتكملة التأمين . أما إذا كان إضعاف التأمين يرجع إلى سبب لا تدخل لإرادة المدين فيه ، فإن الاجل يسقط ما لم يقدم المدين للدائن ضماناً كافياً .

٣ - إذا لم يقدم للدائن ما وعد في العقد بتقديمه من التأمينات (١) .

= أو شبه جرم فتبتدئ مهلة الاجل من تاريخ الحكم الذي يوجب التمييز الواجب على المدين . م ١٠٣ - إن اليوم الذي يكون مبدأ مدة الاجل لا يحسب . وإن الاجل المحسوب بالأيام ينتهي بانتهاء آخر يوم من مدة الاجل . م ١٠٤ - وإذا كان محسوباً بالأسابيع أو بالأشهر أو بالأعوام ، فيكون الاستحقاق في اليوم المقابل بتسميته أو بترقيبه من الأسبوع أو الشهر أو العام اليوم الذي أكرم فيه العقد . م ١٠٥ - إذا كان الاستحقاق واقعاً في يوم عطلة قانونية ، أُرْجِئَ إلى اليوم التالي الذي لا عطلة فيه .

أنظر أيضاً المواد من ٨٧ إلى ٨٩ من تقنين الالتزامات السويسري - وانظر بودري وبارد ٢ فقرة ١٠٠٢ - فقرة ١٠٠٥ - بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٧١٢ .

على أن محكمة الاستئناف المختلطة قضت ، في عهد تقنين المرافعات السابق ، بأن المادة ٢٠ من تقنين المرافعات التي تقضي بمد الميعاد إذا كان آخر يوم فيه يوم عطلة لا تطبق إلا في مواد الإجراءات التي وردت فيها ، فلا تطبق إذن على الاجل المتفق عليه في العقد (استئناف محتط ٢٧ فبراير سنة ١٨٨٩ م ١ ص ٤٦) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٣٩٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد فيما عدا بعض اختلاف لفظي طفيف . وفي لجنة المراجعة حور النص تحويراً لفظياً ، واستبدلت عبارة « ضماناً كافياً » الواردة في البند ٢ بعبارة « مايكفل التأمين » . وسأل أحد الأعضاء عن مدى ما تؤديه عبارة « إضعاف التأمين إلى كبير » : فأجيب ، بأن مجرد الإضعاف لا يكفي لسقوط الاجل ، وإنما يكون بحيث تقل التأمينات عن قيمة الدين . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٢٨٥ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب . =

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ١٥٦/١٠٢ ، وتكاد الأحكام تكون واحدة في التقنينين (١) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٢٧٣ ، وفي التقنين المدني الليبي المادة ٢٦٠ ، وفي التقنين المدني العراقي المادتين ٢٩٥ - ٢٩٦ ، وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادتين ١١٣ - ١١٤ (٢) .

— وفي لجنة مجلس الشيوخ استبدلت عبارة « ما لم يقدم المدين ضماناً كافياً » الواردة في آخر البند ، بعبارة « ما لم يتوق المدين هذا السقوط بأن يقدم لدائن ضماناً كافياً » ، لأن الإشارة إلى توق السقوط تزيد من البديهي أن المدين بتقديمه الضمان الكافي يتوق السقوط ، وأصبحت المادة ٢٧٣ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٩ — ٣٠ — وص ٣٢ — ص ٣٣) .

(١) التقنين المدني السابق م ١٠٢ / ١٥٦ : إذا تعهد المدين بشيء لأجل معلوم وظهر إفلاسه أو فعل ما يوجب ضعف التأمينات التي كانت محلاً لوفاء التعهد ، فيستحق ذلك الشيء فوراً قبل حلول الأجل .

(٢) ونص التقنين المدني الجديد أقوى من الوجوه الآتية : (١) أضاف شهر الإحصار إلى شهر الإفلاس ، وكان الإحصار في عهد التقنين المدني السابق سبباً لإسقاط الأجل ، ولكن لم يكن خاضعاً لنظام الشهر القانوني الذي خضع له في التقنين الجديد ، فكان الأمر في هذا الشأن مضطرباً . (٢) أضاف التقنين المدني الجديد حالة ما إذا كان إضعاف التأمينات يرجع إلى سبب لا دخل لإرادة المدين فيه ، ورتب على هذا الإضعاف أن يختار المدين بين سقوط الأجل وتقديم ضمان كاف . وكان هذا الحكم معمولاً به في التقنين المدني السابق ، وورد فيه نص صريح في حالة الفرع (م ٥٦٢ / ٦٨٦) وتقابل في التقنين المدني الجديد المادة ١٠٤٨ (٣) . أضاف التقنين المدني الجديد حالة ما إذا لم يقدم المدين لدائن ما وعد في العقد بتقديمه من التأمينات ، وكان هذا الحكم معمولاً به في التقنين المدني السابق دون نص .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٢٧٣ (مطابقة لمادة ٢٧٣ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٢٦٠ (مطابقة لمادة ٢٧٣ من التقنين المدني المصري ، فيما عدا أن

التقنين الليبي لم يذكر شهر الإحصار بين سقطات الأجل لأنه لا يعرف نظام الإحصار) .

التقنين المدني العراقي م ٢٩٥ (مطابقة لمادة ٢٧٣ من التقنين المدني المصري ، فيما عدا أن

التقنين العراقي هو أيضاً لم يذكر شهر الإحصار من سقطات الأجل ، ولكنه نص في مكان الإحصار على حلول الديون المؤجلة : أنظر الأستاذ حسن الذنون في أحكام الالتزام في التقانون المدني العراقيقرة ١٦١ ص ١٤٧) .

والمفروض هنا أن الأجل أجل واقف ، أما الأجل الفاسخ فله أسباب يسقط بها في أحوال معينة وردت فيها نصوص خاصة (١) .

ويتبين من النص المتقدم الذكر أن الأجل الواقف يسقط بأحد أسباب ثلاثة :

(١) شهر إفلاس المدين أو إعساره (٢) إضعاف التأمينات (٣) عدم تقديم التأمينات التي وعد بها المدين . يضاف إلى هذه الأسباب أسباب أخرى في حالات خاصة ، كالموت وتطهير العقار المرهون . ونستعرض كل هذه الأسباب فيما يلي :

٧٢ - سقوط الأجل لسهر افلاس المدين أو إعساره : كان الأجل

يسقط ، في عهد التقنين المدني السابق ، بشهر إفلاس المدين . وكذلك كان يسقط بأعسار المدين إعساراً فعلياً (٢) ، لأن هذا التقنين لم يكن يعرف نظام الإعسار

م ٢٩٦ : الدين الموجل لا يحل بموت الدائن ، ويحل بموت المدين ، إلا إذا كان مضموناً بتأمينات عينية . (وفي التقنين المدني المصري لا يحل الدين بموت المدين إلا في حالة تصفية التركة ، وقد استمد التقنين المدني العراقي هذا الحكم من الفقه الإسلامي ومن تقنين الموجبات والمعقود البناني) .

تقنين الموجبات والمعقود البناني م ١١٣ : إن المدينون الذي يستفيد من الأجل يسقط حقه في الاستفادة منه : (١) إذا أفلس أو أصبح غير ملء . (٢) إذا أقي فعلاً ينقص التأمينات الخاصة المحطاة للدائن بمقتضى عقد عند إنشاء الموجب أو عقد لاحق له أو بمقتضى القانون . أما إذا كان النقص في تلك التأمينات ناجماً عن سبب لم يكن المدينون فيه مختاراً ، حق للدائن أن يطلب زيادة التأمين ، فإذا لم ينلها حق له أن يطلب تنفيذ الموجب حالاً . (٣) إذا لم يقدم المدينون للدائن التأمينات التي وعد بها في العقد . (وهذه الأحكام مطابقة لما ورد في التقنين المدني المصري ، إلا أن التقنين البناني لا يعرف نظام الإعسار فاقصر على ذكر أن المدين أصبح غير ملء . ونفى عن البيان أن المدين إذا أضعف التأمينات يقطعه ، جاز للدائن ، في التقنين البناني ، بدلا من سقوط الأجل ، أن يطالب بتلك التأمينات كما هو الأمر في التقنين المصري) .

م ١١٤ : إن وفاة المدينون تجعل كل ما عليه من الموجبات ذات الأجل مستحقة الإيفاء ، ما عدا الدينون المضمونة بتأمينات عينية . (وهذا النص يطابق في الحكم المادة ٢٩٦ من التقنين المدني العراقي السابقة الذكر) .

(١) أنظر فيما يلي فقرة ٧٨ في الخامس .

(٢) استئناف مخطط ٢٤ يونيو سنة ١٨٧٦ المجموعة الرسمية المخططة ١ ص ١٢٥ — =

القانوني (١) . لذلك كان سقوط الأجل أكثر ما يلاحظ في حالة شهر الإفلاس لأنها حالة نظمها القانون بإجراءات ظاهرة ، أما الإعسار الفعلي فكان أمراً خفياً لا يظهر للناس ، فقل أن يكون سبباً في سقوط الأجل (٢) .

والآن بعد أن نظم التقنين المدني الجديد حالة الإعسار القانوني ووضع لها إجراءات ظاهرة ، أصبح من اليسر في هذا التقنين تطبيق الحكم القاضي باسقاط الأجل في حالة الإعسار كما يطبق الحكم القاضي باسقاط الأجل في حالة الافلاس (٣) .

= الزقازيق ٣ ديسمبر سنة ١٩٠٧ المجموعة الرسمية ٩ ص ١١٨ — طلخا ١٠ ديسمبر سنة ١٩٢٤ المحاماة ٥ رقم ٢٢٣/٣ ص ٢٥١ — المنيا ٢٠ يناير سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣١ رقم ٢٨ ص ٦١ — شين الكوم ٢٢ إبريل سنة ١٩٣١ المحاماة ١١ رقم ٣٥٩/٢ ص ١٠٧٥ — أنظر مكرس ذلك وأن الإعسار بخلاف الإفلاس لا يسقط الأجل في التقنين المدني السابق : مصر الكلية ١٤ مايو سنة ٢١ المحاماة ١٢ رقم ١٧٩ ص ٣٤١ .

(١) جاء في الموجز المؤلف : « ويلحق بالإفلاس بالنسبة للتاجر الإعسار بالنسبة لتاجر . وحتى يثبت الإعسار يجب أن يصدر به حكم قضائي ، ويكون الإعسار ثابتاً من وقت صدور الحكم أو حل أبعد تقدير من وقت رفع الدعوى لإثبات الإعسار » (الموجز فقرة ٤٨٨ — وانظر أيضاً الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٦٧٤) — حل أن بعض الأحكام كانت تذهب خطأ إلى أنه يكفي أن يضعف المدين بخطأ الضمان العام للدائنين دون أن يصل إلى حد الإعسار ودون أن يكون في ذلك إضفاف لتأمين خاص : استئناف محتلط ٢٤ مايو سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣٢٧ .

(٢) أنظر في سقوط الأجل بالإعسار الفعلي في القانون الفرنسي وهو أيضاً لا ينظم الإعسار القانوني بودرى وبارد فقرة ١٠١٢ — فقرة ١٠١٣ — بلانيول وريبير وجابولود ٧ فقرة ١٠١٤ — بلانيول وريبير ويولانجيه ٢ فقرة ١٥٠٨ — كولان وكايتان ٢ فقرة ٦٦٤ — جوسران ٢ فقرة ٧٣٢ — فقرة ٧٣٣ .

(٣) ويسقط الأجل حتى لو كان للدائن ضمان عيني يكفل الدين ، كرهن وسمي . فلا تزال للدائن مصلحة في سقوط الأجل لاحتمال ألا يكون الضمان كافياً للوفاء بمقتضاه فيتمكن من مزاحة سائر الدائنين بالباقي من هذا الحق (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٠٨ — بلانيول وريبير وجابولود ٧ فقرة ١٠١٣) . ويسقط الأجل كذلك حتى لو كان أجلاً غير معين ، فلو أن شخصاً أمن حل حياته ثم أغلقت شركة التأمين ، فإن أجل دفع مبلغ التأمين يحل بإفلاس الشركة . ولكن المؤمن حل حياته يبقى ملتزماً بدفع أقساط التأمين إلى آخر حياته ، ولما كان لا يستولي إلا حل جزء من مبلغ التأمين بسبب إفلاس الشركة ، فسيجد أن مصلحته هي فسخ عقد التأمين حتى لا يعرض نفسه للخسارة (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٠٩) .

(م ٨ — متوسط)

وبلاحظ أن المادة ٢٥٥ مدني تقضي ، عندما يحل الدين بشهر الإعسار ، يخصم مقدار الفائدة الاتفاقية أو القانونية عن المدة التي سقطت بسقوط الأجل ، وتقضي كذلك بأنه « يجوز للقاضي أن يحكم ، بناء على طلب المدين وفي مواجهة ذوى الشأن من دائنيه ، بإبقاء الأجل أو مده بالنسبة إلى الديون المؤجلة ، كما يجوز له أن يمنح المدين أجلاً بالنسبة إلى الديون الحالية ، إذا رأى أن هذا الإجراء تبرره الظروف وأنه خير وسيلة تكفل مصالح المدين والدائنين جميعاً » . وقد تقدم بيان ذلك .

كذلك للمدين بعد إنهاء حالة الإعسار أن يطلب إعادة الديون التي كانت قد حلت بسبب شهر الإعسار ولم يتم الوفاء بها إلى أجلها السابق ، متى كان أدى جميع ماحل من أقساطها ، كما سبق القول عند الكلام في الإعسار (١) .

وغنى عن البيان أن مجرد الإعسار الفعلي ، في عهد التقنين المدني الجديد ، لا يكفي لإسقاط الأجل ، بل لابد من أن يكون الإعسار إعساراً قانونياً قد شهر بموجب الإجراءات التي قررها القانون في هذا الصدد .

٧٣ - سقوط الأجل لضعاف التأهيلات : ويشترط في هذا

السبب من أسباب سقوط الأجل أن يكون للدين المؤجل تأمين خاص ، فلا يكفي أن يضعف المدين الضمان العام للدائنين وهو يتناول أمواله في جملتها (٢) ، بأن يتصرف في بعض من ماله (٣) ولو إلى حد الإعسار ، فإن علاج ذلك هو

(١) أنظر المادة ٢٦٢ مدني والمذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣١ - وأنظر الوسيط ٢ فقرة ٧٢١ .

(٢) استئناف مختلط ٦ أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٥١ - الزقاق ٢ ديسمبر سنة ١٩٠٧ المجموعة الرسمية ٩ ص ١١٨ - ومع ذلك أنظر : استئناف مختلط ٢٤ مايو سنة ١٩١١ م ٢٢ ص ٣٢٧ .

(٣) وتطبيقاً لهذا المبدأ لا يحل أجل الدين بالنسبة إلى سندات أصدرتها شركة للسكك الحديدية إذا باعت هذه الشركة بعض خطوطها ، فأضحت بذلك التأمين للعام لحلة هذه السندات . وكذلك لا يحل أجل الدين المترتب في ذمة شركة تجارية ، ولم يستند الدائن فيه إلا على ملاءة الشركاء ، إذا حلت هذه الشركة أو صفيت وبيعت عقاراتها ، وهذا على خلاف في الرأي ، فهناك رأى في فرنسا يذهب إلى حلول الدين إذا صفيت الشركة (أنظر في هذه المسألة في القانون الفرنسي بودري -

أن يطلب الدائن شهر إعمار المدين ، فاذا شهر الإعمار سقط الأجل ، ولكنه يسقط بسبب شهر الإعمار لا بسبب إضعاف التأمينات . ولا يجوز للدائن في هذه الحالة ، قبل شهر الإعمار ، أن يستعمل الدعوى البولصية مادام الأجل قائماً لم يسقط ، فقد قدمنا أن الدعوى البولصية تقتضى أن يكون الحق مستحق الأداء .

فلا بد إذن من أن يكون هناك للدين المؤجل تأمين خاص (١) ، كرهن أو امتياز . ولا يهم مصدر هذا التأمين ، فقد يكون نفس العقد الذى نشأ منه الدين المؤجل ، بأن يكون رهناً رسمياً أو رهن حيازة أخذه الدائن ضماناً لحقه فى العقد الذى أنشأ هذا الحق . وقد يكون مصدر الرهن عقداً لاحقاً لعقد الدين أو لمصدره أياً كان هذا المصدر ، بأن اتفق الدائن مع مدينه بعد ثبوت الدين فى ذمة المدين على رهن لضمان هذا الدين . وقد يكون مصدر التأمين الخاص القانون ، كحق امتياز يكون ضماناً للدين المؤجل (٢) ، كما إذا كان البائع

= وبارد ٢ فقرة ١٠١٥ ص ١٨٦ هامش رقم ١ - بلانيول وريبير وجابوله ٧ فقرة ١٠١٥ ص ٣٥٣ هامش رقم ٢ - بلانيول وريبير وبولانجي ٢ فقرة ١٥٠٩ ص ٥٠٣ هامش رقم ١) . أما فى التقنين المدنى المصرى فيبدو أن الدين المؤجل لا يحل بتصمية الشركة ، فقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٥٣٦ من هذا التقنين على أن " تقسم أموال الشركة بين الشركاء جميعاً ، وذلك بعد استيفاء الدائنين لمخوقهم ، وبعد استئزال المبالغ اللازمة لوفاء الديون التى لم تحل أو الديون المتنازع فيها ، وبعد رد المصروفات أو القروض التى يكون أحد الشركاء قد باشرها فى مصلحة الشركة .

وإذا اقترض شخص مالا لأجل ، فتقبل مشروع معين ، ثم باع هذا المشروع وهو الضمان الوحيد للقرض ، فان أجل القرض يحل ببيع المشروع (أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٣ ص ١٢٩ - ص ١٣٠ - بلانيول وريبير وجابوله ٧ فقرة ١٠١٥ ص ٣٥٤) .

(١) استئناف مخطوط ٦ أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٥١ - ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٢٣ م ٤٦ ص ٩٥ - دوق ١١ يولية سنة ١٩٠٠ الحقوق ١٥ ص ٢٢٥ - الزقاريق ٢ ديسمبر سنة ١٩٠٧ المجموعة الرسمية ٩ ص ١١٨ - طلخا ١٠ ديسمبر سنة ١٩٢٤ المحاماة ٥ رقم ٢/٢٢٣ ص ٢٥٦ - المنشية ١٢ مارس سنة ١٩٣١ المحاماة ١١ رقم ١/٥٥٥ ص ١٠٨٥ - شبين الكوم ٢٢ أبريل سنة ١٩٣١ المحاماة ١١ رقم ١/٥٤٩ ص ١٠٧٥ - مصر الكلية ١٤ مايو سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ١/١٧٩ ص ٣٤١ .

(٢) وذلك فيما عدا حقوق الامتياز العامة فهذه تشمل جميع أموال المدين ، فلا يستأخ أن يحرم المدين من التصرف فى جميع أمواله (بلانيول وريبير وجابوله ٧ فقرة ١٠١٥ الأستاذ اسماعيل غانم أحكام الالتزام فقرة ١٧٢ ص ٢٤٤) .

قد أجل الثمن وله امتياز على المبيع فأضعف المشتري هذا التأمين الخاص (١) . ولا يتصور أن يكون هذا التأمين الخاص هو حق اختصاص مصدره القضاء ، فان المفروض فيما نحن بصده أن الدين مؤجل ، والدين المؤجل لا يمكن أن يضمه حق اختصاص ، إذ حق الاختصاص لا يؤخذ إلا بموجب حكم واجب التنفيذ ، وهذا يفترض حتماً أن الدين مستحق الأداء (٢) .

ثم لابد من أن يكون هذا التأمين الخاص قد ضعف إلى حد كبير ، ومعنى ذلك أن يكون قد ضعف إلى حد أن أصبح أقل من قيمة الدين ، كما ذكر ذلك صراحة في لجنة المراجعة عند عرض المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد (٣) . إما أن يضعف ضعفاً يسيراً ، ويقتصر بالرغم من ذلك كافياً لضمان الدين كفاية ملحوظة ، فذلك لا يبرر سقوط الأجل (٤) .

(١) ونشترط المادة ٧/١١٨٨ من التقنين المدنى الفرنسى أن يكون التأمين الخاص مصدره المقعد ، ومع ذلك يلزم بعض الفقهاء الفرنسيين إلى أن إضامات تأمين خاص مصدره القانون كحق الامتياز يمكن إسقاط الأجل (ديراكتون ١١ فقرة ١٢٥ — لاروسبيير ٣ م ١١٨٨ فقرة ١١ — ديجولوب ٢٥ فقرة ٦٨٥ — أنظر عكس ذلك : لوران ١٧ فقرة ٢٠٢ — هيك ٧ فقرة ٢٨٨) . ويلزم فقهاء آخرون إلى التمييز بين حق امتياز يكون أساسه عقداً كرهن الحيازة وحق امتياز البائع فيكون إضامته سبباً لإسقاط الأجل ، وحق امتياز ليس أساسه المقعد فلا يكون في إضامته إسقاط للأجل (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٠٦ — پلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠١٥ ص ٣٥٤ — بيدان ولاجار ٨ فقرة ٧١٠ ص ٥١٩ — كولان وكايتان ٢ فقرة ٦٦٤ — چوسران ٢ فقرة ٧٣٤) .

(٢) ومن ذلك نرى أن ماورد في المذكرة الإيضاحية من المشروع التمهيدى (مجموعة الأعمال التمهيدية ٣ ص ٣١) من أن التأمين الخاص يصح أن يكون حق اختصاص ليس بمصحح . فان الأستاذ إسماعيل في أحكام الالتزام فقرة ١٧٢ ص ٢٤٤ .

(٣) مجموعة الأعمال التمهيدية ٣ ص ٣٢ — وانظر آنفاً فقرة ٧١ في الهامش — فيمد إضامات التأمين أن يهدم المنزل المرهون (استئناف مخطوط ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٩٥ — الأستاذ أحمد حشمت أبوسيتيت فقرة ٦٧٤ ص ٥٠٥) أو أن يباع المنزل المرهون ويعرض ثمنه للتوزيع (استئناف مخطوط ٩ فبراير سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ١٣٤) .

(٤) فلا يمد إضامات التأمين أن يرتب المدين على العين المرهونة لضمان الدين المؤجل رهناً آخر ، حتى لو قيد الرهن الثانى قبل قيد الرهن الأول بإعمال الدائن فى الدين المؤجل ، لأن إعماله لا فضل للمدين هو الذى أضف التأمينات ، ومن حق المدين أن يرهن العين المملوكة له مرة ثانية وثالثة الخ (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٢٢) . ولكن إذا تواطأ المدين مع الدائن المرتهن =

فاذا توافر هذان الشرطان - وجود تأمين خاص وإضعاف هذا التأمين إلى حد كبير - يبقى بعد ذلك أن نميز بين فرضين :

(١) فاما أن يكون هذا الإضعاف قد حدث بفعل المدين ، أى بخطأه . ولا يشترط أن يعتمد المدين إضعاف التأمين الخاص ، بل يكفي أن يكون قد قصر في المحافظة عليه حتى ضعف (١) . وفي هذه الحالة يحق للأجل ، إلا إذا اختار الدائن أن يطالب المدين بتكاملة التأمين حتى يبلغ ما كان عليه قبل إضعاف المدين له . ولا يكفي الدائن هنا بالاطالبة بتأمين كاف ، بل يطلب تكاملة التأمين الأصلي ، فقد كان هذا التأمين من حقه والمدين هو الذى أضعفه بخطأه . وهذا الخيار مروهون بإرادة الدائن لإبادة المدين ، فاذا اختار الدائن تكاملة التأمين

— الثاني ليمجل هذا قيد رهنه قبل قيد الرهن الأول ، كان هذا إضعافاً للتأمينات بفعل المدين ، بل ينشئ وتواطئه ، فيسقط الأجل .

ولا يمد إضعافاً للتأمين أن يبيع المدين العقار الموهون رهناً رسمياً لضمان الدين المؤجل ، سواء باع العقار كله أو باع جزءاً منه . ومع ذلك فقد يترتب على تجزئة العقار — في حالة البيع الجزئى — إضعاف فعل التأمين ، وهذه مسألة واقع يقدمها قاضى الموضوع ، فيترتب على هذا الإضعاف الفعل إسقاط الأجل . وقد يترتب على البيع — الكلى أو الجزئى — أن يمدد الحائز للعقار إلى تطهير الرهن ، فلا يحصل الدائن المرتهن ذو الدين المؤجل على كل حقه ، فيكون التطهير سبباً في إضعاف التأمين ، ويكون إضعاف التأمين سبباً في إسقاط الأجل (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٢٣ — بلانيول وريبير وجابوله ٧ فقرة ١٠١٥ ص ٣٥٥ — والتون ٢ ص ٣٧٠ — الموجز لمؤلف فقرة ٤٨٨ ص ٤٩٧ هامش رقم ٢) .

ولا يند إضعافاً للتأمين أن يزرع المدين الأرض الموهونة قطعاً مرة كل سنتين مخالفاً بذلك ما جرت به العادة من زرعها مرة كل ثلاث سنوات ، وبخاصة إذا كانت قيمة الأرض تغطى الدين إلى مدى بعيد (استئناف مخطوط ٢ يونيو سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣٧٧) .

(١) ويعتبر المدين قد أضعف بخطأه التأمين الخاص إذا هو أدخل في طريقة استغلال العقار الموهون تعديلاً من شأنه أن ينقص كثيراً من قيمة العقار ، أو هدم المنزل الموهون إلا إذا كان المدم يفرض إعادة البناء (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٢٤ — بلانيول وريبير وجابوله ٧ فقرة ١٠١٥ ص ٣٥٥) . وإذا كان التأمين الخاص رهناً رسمياً على جزء شائع من عقار ، وفى أثناء القسمة رسماً مزايا العقار كله على الشريك الآخر غير المدين الراهن ، فإن الرهن فى هذه الحالة يزول ولكن لا يعتبر أنه قد زال بفعل المدين إلا إذا كان المدين هو الذى طلب القسمة ، أو كان عنه سبب جدى ، لما وضعتها ولم يتقدم به ، أو كان قد توأماً مع شريكه ليصل إلى هذه النتيجة . أما إذا كان لم يفعل شيئاً من ذلك ، فإن زوال الرهن لا يكون بفعله ، بل يكون لسبب لا يدخل لإرادته فيه ، وتطبق الأحكام التى تنفق مع هذه الحالة وستذكرها فيما يلي (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٢٦ — بلانيول وريبير وجابوله ٧ فقرة ١٠١٥ ص ٣٥٦) .

وأكله المدين بقى الأجل على حاله ولم يسقط ، أما إذا يحتر تكلة التأمين فان الأجل يسقط ويحل الدين (١) . ومن ثم يكون التزام المدين في هذه الحالة التزاماً تخييرياً ، الخيار فيه للدائن ، فان الدائن يكون بالخيار إما أن يطالب المدين بالدين فوراً لسقوط الأجل وإما أن يطالب بتكلة التأمين (٢) . ويلاحظ أن الدين الذي حل بسقوط الأجل في هذا الفرض لا ينتقص منه ما يقابل الأجل ؛ لأن سقوط الأجل هنا كان بسبب خطأ المدين (٣) .

(٢) وأما أن يكون إضعاف التأمين الخاص يرجع إلى سبب لادخل لإرادة المدين فيه . فهو لم يحدث بخطأ منه ، بل حدث بفعل أجنبي أو بقوة

(١) وتذهب الأغلبية في الفقه الفرنسي إلى أن سقوط الأجل لا يكون إلا بموجب حكم قضائي له أثر منتهى ، لا مجرد أثر كاشف ، فهو الذي يسقط الأجل ، ولا يسقط الأجل بحكم القانون (ديمولوب ٢٥٠ - ٧٠١ - لوران ١٧ - ٤١٥ - ماركاديه ٤ - ٨٢٧ - أوربي ورو ٤ - ٣٠٣ - ١٢٧ - بودرى وبارد ٢ - ١٠٣٠ - بلانويول وريير ونجايمول ٧ - ١٠١٥ - ٣٥٦ - جوران ٢ - ٧٣٦) . حل أن هناك رأياً يذهب إلى أن الأجل يسقط بحكم القانون ، وعند النزاع يصدر حكم قضائي ليقرر سقوطه ، وهذا الحكم له أثر كاشف لا أثر منتهى (هيك ٦ - ٢٨٩ - بيدان ولاجارد ٨ - ٧١٠ - ٥١٩) . والظاهر من الرجوع إلى نص المادة ٢٧٣ مدى أن القانون يقضى بسقوط الأجل ، فالأجل يسقط إذن بحكم القانون ، والحكم القضائي إنما يحسم النزاع في هذا الصدد ، فهو كاشف لا منتهى . (٢) أنظر المادة ٢٧٨ مدى وسيأتى تفصيلها . وانظر المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣١ . ويقول الأستاذ إسماعيل غانم : « ولا نرى الأخذ بهذا التفسير ، فإن إلزام المدين بالوفاء في الحال أو بتقديم تأمين لا يبنى أن التزامه قد تمدد محله . فلا زال محل الالتزام واحداً ينحصر في الأداء الذي التزم به من أول الأمر . أما إلزامه بتقديم تأمين فهو التزام آخر تابع للالتزام الأول . وليس هناك تمدد في محل الالتزام الأول ، وإنما هما التزامان أحدهما تابع للآخر ، ولا ينشأ إلا بالشروط التي نصت عليها المادة ٢٧٣/٢ » (أحكام الالتزام ١٧٢ - ٢٤٤ هامش رقم ٣) . وفي رأينا أن القانون ، عندما يسقط الأجل بإضعاف التأمينات فيحل الدين ، ينشئ في الوقت ذاته إلى جانب محل الالتزام الأصلي محلاً آخر يمكن للدائن أن يختاره ، وهو تكلة التأمين الأصل .

(٣) بودرى وبارد ٢ - ١٠٣٣ - ومع ذلك إذا كان مبلغ الدين يتضمن رأس المال مضافاً إليه فوائد مدة الأجل ، وسقط الأجل بإضعاف المدين للتأمينات ، فإن الفوائد عن المدة التي سقطت من الأجل تخضع من مبلغ الدين ، حتى لا يجمع الدائن بين الانقضاء بالمدة التي سقطت من الأجل وبين الفوائد عن هذه المدة نفسها (ديمولوب ٢٥٠ - ٦٩٧ - لوران ١٧ - ٢١١ - لاروبيير ٣ - ١١٨٨ - ٢٧ - بودرى وبارد ٢ - ١٠٣٤) .

قاهرة أو حادث فجائى . فعند ذلك يسقط الأجل أيضاً كجزء على ضعف التأمينات إلى هذا الحد الكبير الذى سبقت الإشارة إليه ، إلا أن المدين يستطيع أن يتوقى سقوط الأجل بأن يقدم للدائن تأميناً كافياً لدينه يعوض عليه ما ضعف من التأمينات الأولى (١) . والالتزام هنا تخييرى أيضاً ، ولكن الخيار فيه للمدين لا للدائن على عكس الصورة السابقة (٢) . والسبب واضح ، فان ضعف التأمينات لم يكن بخطأ المدين ، فترك الأمر مرهوناً بارادته ، فاما أن يسلم بسقوط الأجل وإما أن يختار تقديم تأمين كاف . والمطلوب من المدين هنا هو تقديم هذا التأمين الكافى ، وليس تكملة التأمين الأصلى كما فى الحالة السابقة . فقد يكون التأمين الأصلى تزيد قيمته كثيراً على الدين ، فلا يطلب من المدين أن يبلغه الحد الذى كان عليه ، بل يكفى أن يبلغه حداً يجعله تأميناً كافياً ولو لم يصل إلى حد التأمين الأصلى . وقد كان المشروع التمهيدى يقتضى أن يكفل المدين التأمين الأصلى ، ولكن لجنة المراجعة عدلت النص واكتفت بأن يقدم المدين « ضماناً كافياً » (٣) . ويلاحظ أن الدين الذى حل بسقوط الأجل ، فى هذه الحالة ، ينتقص منه ما يقابل الأجل ، لأن سقوط الأجل لم يكن بخطأ المدين (٤) .

(١) استئناف مختلف ١٧ نوفمبر سنة ١٨٩٨ م ١١ ص ١٧ — ويمكن استخلاص هذا الحكم من المبادئ العامة دون حاجة إلى نص خاص ، وهذا ما يفعله الفقه الفرنسى ، دون أن يكون فى التقنين المدنى الفرنسى نص يقابل الجزء الأخير من الفقرة الثانية من المادة ٢٧٣ مدنى مصرى وهو الذى ينص على حالة ضعف التأمينات بسبب لا دخل لإرادة المدين فيه (ديجولومب ٢٥ فقرة ٦٩٠ — فقرة ٦٩٣ — أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٣ هامش رقم ١٣ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٢٥ — بلانيول وريبير وجابول ٧ فقرة ١٠١٥ ص ٣٥٥) .

ويصدر حكم قضائى بسقوط الأجل فى هذه الحالة كما فى حالة إضعاف التأمينات بخطأ المدين ، ويكون هذا الحكم منشأ أو كاشفاً على الخلاف الذى سبق أن أوردناه .

(٢) قارن بلانيول وريبير وجابول ٧ فقرة ١٠٥٢ — وقارن أيضاً المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٧ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٢ — وأنظر آنفاً فقرة ٧١ فى أغاخش .

(٤) أنظر أيضاً المادة ١٨٣ مدنى وقد سبق ذكرها — هذا وإذا كان إضعاف التأمينات بفعل الدائن نفسه ، كما إذا كان دائناً مرتباً رهن حيازة وأتلف العين المرهونة ، ففى من البيان أن الأجل لا يسقط لأن الدائن هو المستول عن إضعاف التأمينات ، بل ويجوز للمدين أن يرجع عليه بتعويض إذا كان له محل .

وقد طبق التقنين المدنى الجديد هذه الأحكام تطبيقاً تشريعياً فى حالة ما إذا كان التأمين الخاص رهناً رسمياً أو رهناً حيازياً . وفى حالة الرهن الرسمى نصت المادة ١٠٤٨ مدنى (وتقابلها المادة ٦٨٦/٥٦٢ من التقنين المدنى السابق وهى تشتمل على نفس الحكم) على ماأتى : ١٥ — إذا تسبب الراهن بخطأه فى هلاك العقار المرهون أو تلفه ، كان الدائن المرتهن مخيراً بين أن يقتضى تأميناً كافياً أو أن يستوفى حقه فوراً . فإذا كان الهلاك أو التلف قد نشأ عن سبب أجنبى ولم يقبل الدائن بقاء الدين بلا تأمين ، كان المدين مخيراً بين أن يقدم تأميناً كافياً أو أن يوفى الدين فوراً قبل حلول الأجل (١) . وفى الحالة الأخيرة إذا لم يكن للدين فوائد ، فلا يكون للدائن حق إلا فى استيفاء مبلغ يعادل قيمة الدين منقوصاً منها الفوائد بالسعر القانونى عن المدة ما بين تاريخ الوفاء وتاريخ حلول الدين . ٣ — وفى جميع الأحوال إذا وقعت أعمال من شأنها أن تعرض العقار المرهون للهلاك أو التلف أو تجعله غير كاف للضمان ، كان للدائن أن يطلب إلى القاضى وقف هذه الأعمال واتخاذ الوسائل التى تمنع وقوع الضرر . وفى حالة رهن الحيازة قضت الفقرة الثانية من المادة ١١٠٢ مدنى بأن تسرى على رهن الحيازة أحكام المادة ١٠٤٨ سالفة الذكر .

٧٤ — سقوط الأجل لمصرم تقديم المرتين لتأمين وهجره : وهنا

يسقط الأجل بخطأ المدين ، إذ يكون قد التزم للدائن بتقديم تأمين خاص لدينه ، ثم أخل بهذا الالتزام ولم يقدم التأمين الموعود به (٢) . فيسقط الأجل فى هذه الحالة

(١) ويلاحظ أن المشرع هنا لم يميز بين حالتى إضعاف المدين للتأمينات وضعف التأمينات لسبب أجنبى من حيث التأمين الذى يجب تقديمه ، فى الحالتين يقدم المدين تأميناً كافياً . وقد رأينا فى القاعدة العامة أن المدين فى الحالة الأولى يطالب بتكيلة التأمين الأصل ولو كانت قيمة هذا التأمين أعلى بكثير من الدين ، وفى الحالة الثانية لا يطالب الا بتقديم تأمين كاف .

(٢) وفى التقنين المدنى السابق لم يكن يوجد نص فى هذه الحالة ، ولكن الحكم كان مطبقاً دون نص لاتفاقه مع القواعد العامة (استئناف مختلف ٣٠ نوفمبر سنة ١٩١١ م ٢٤ ص ٢٨ — مصر الكلية الوطنية ٢ نوفمبر سنة ١٩٠٩ الجمعية الرسمية ١١ ص ٢٢ — الموجز للمؤلف فقرة ٤٨٨ ص ٤٠٧ — الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٦٧٤ ص ٥٥٥) .

وفى التقنين المدنى القرنى لا يوجد نص صريح فى هذه الحالة ، ولكن الفقه والقضاء فى فرنسا يذهبان مع ذلك إلى أن عدم تقديم التأمين الخاص الموعود به يسقط الأجل ، قياساً على —

دون أن ينتقص من الدين شيء في مقابلة سقوط الأجل ، لأن الأجل ، كما قلنا ، قد سقط بخطأ المدين . ويستطيع الدائن ، بعد سقوط الأجل وحلول الدين واستصدار حكم واجب التنفيذ به ، أن يحصل بموجب هذا الحكم على حق اختصاص على عقارات المدين ، محل محل التأمين الخاص الذي كان المدين قد وعده به دون أن يفي بوعده .

ويلاحظ أن الدائن ذا الحق المؤجل ، حتى لو لم يكن له تأمين خاص أصابه ضعف ، وحتى لو لم يكن موعوداً بتأمين خاص لم يقدم ، له أن يطالب المدين بتأمين خاص إذا خشي إفلاسه أو إعساره واستند في ذلك إلى سبب معقول (م ٢/٢٧٤ مدني) . فإذا لم يقدم المدين التأمين الخاص الذي يوجبه القانون ، كان هذا سبباً في سقوط الأجل ، قياساً على حالة التأمين الموعود به والذي لم يقدم ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك (١) . فالالتزام بتقديم تأمين خاص قد يكون مصدره الاتفاق أو القانون ، ويكون مصدره القانون في الحالة التي نحن بصدددها . وأياً كان مصدره ، فإن الإخلال به يكون سبباً في سقوط الأجل (٢) .

= حالة إضفاء التأمين الخاص . ذلك أن من لم يقدم تأميناً خاصاً وعده به لا يكون فعسب قد أضف التأمين ، بل هو قد أعلنه أصلاً ، فن باب أولى يسقط الأجل (ديرانتون ١١ - ١٢٣ - ماركاديه ٤ - ٥٧٦ - أوبري ورو ٤ - ٣٠٣ - ١٢٩ - لاروميير ٣ - ١١٨٨ - ١٨ - ديمولوب ٢٥ - ٦٧٧ - لوران ٢٧ - ٢٠٤ - هيك ٧ - ٢٨٨ - بودري وبارد ٢ - ١٠١٨ - بلانيول وريبير وجابول ٧ - ١٠١٦ - بيدان ولاجار ٨ - ٧١٠) . وإذا وعد المدين بتقديم تأمين معين - وعن مثلاً - فلا يستطيع بإرادته وحده أن يحمل عليه تأميناً آخر ولو كان كافياً أو مادداً ككفالة . وإذا وعد بتقديم شخص معين كغلا فلا يستطيع كذلك أن يقدم شخصاً آخر ولو كان مليئاً مثله (ديمولوب ٢٥ - ٦٧٨ - لاروميير ٣ - ١١٨٨ - ١٨ - بودري وبارد ٢ - ١٠١٩ - بلانيول وريبير وجابول ٧ - ١٠١٦ - بلانيول وريبير وبولانييه ٢ - ١٥١١ - جولان وكايتان ٢ - ٦٦٤ - ٤٥٤ - چوسران ٢ - ٧٣٥) .

(١) أنظر آنفاً ٦٥ .

(٢) أنظر في أسباب سقوط الأجل الثلاثة السابقة الذكر ، شهر الإفلاس أو الإعسار وإضفاء التأمينات أو ضعفها وعدم تقديم التأمين الموعود به ، المذكرة الإيضاحية لمشروع انتهت في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣١ - ٣٢ .

٧٥ - سقوط المؤجل لأسباب أخرى : قلنا أن موت المدين (١) قد

يكون سبباً لسقوط الأجل . وقد ورد نص صريح في كل من التقنين المدني العراقي (م ٢٩٦) وتقنين الموجبات والعقود اللبناني (م ١١٤) يقضى بأن الدين محل بموت المدين إلا إذا كان مضموناً بتأمينات عينية . أما في التقنين المدني المصري فالأصل أن الدين لا محل بموت المدين ، بل يبقى الدين مؤجلاً في التركة . ومع ذلك إذا عين للتركة مصف (أنظر المادة ٨٧٦ مدني وما بعدها) فإنه يجوز للمحكمة ، بناء على طلب جميع الورثة ، أن تحكم بحلول الدين المؤجل وبتعيين المبلغ الذي يستحقه الدائن ، مراعية في ذلك إعلان الدائن بسقوط الأجل - بشرط أن يكون قد انقضى منه ستة أشهر على الأقل - وأداء القوائد المستحقة عن ستة الأشهر التالية للإعلان ، هذا إذا كان في الأجل مصلحة للدائن (م ٨٩٤م و ٥٤٤م مدني) . أما إذا لم تجمع الورثة على طلب حلول الدين المؤجل ، فإن الدين يبقى مؤجلاً على حاله ، وتتولى المحكمة توزيع الديون المؤجلة وتوزيع أموال التركة على الورثة ، بحيث يختص كل وارث من حصة ديون التركة ومن حصة أموالها بما يكون في نتيجته معادلاً لصافي حصته في الإرث (٢) .

ويسقط الأجل أيضاً بموجب نصوص قانونية في حالات خاصة ، كما في التطهير (أنظر المادة ١٠٦٤ مدني وما بعدها) .

وسنرى أنه إذا كان الأجل قضائياً - نظرة المبصرة - فإنه يسقط لأسباب أخرى فوق التي قدمناها ، فيسقط بالمقاصة القانونية ، ويسقط كذلك باقتدار المدين على الوفاء بدينه ، ويسقط أخيراً إذا نفذ أحد الدائنين الآخرين بحقه على أموال المدين . وسياق بيان ذلك عند الكلام في نظرة المبصرة (٣) .

(١) أما موت الدائن فلا يكون سبباً لحلول الدين : بل يبقى المدين ملتزماً نحو ورثة دائته ، وينتقل الدين إلى هؤلاء بالميراث مؤجلاً كما كان في حياة الدائن المورث .

(٢) أنظر المادة ٨٩٥ فقرة أول مدني . وتضيف الفقرة الثانية من هذه المادة ما يأتي : « وترتب المحكمة لكل دائن من دائني التركة تأميناً كافياً على عقار أو منقول ، على أن تحتفظ لمن كان له تأمين خاص بنفس هذا التأمين . فإن استحالة تحقيق ذلك ، ولو بإضافة ضمان تكيل يقضيه الورثة من مالم الخاص أو بالاتفاق على أية تسوية أخرى ، وتبت المحكمة التأمين على أموال التركة جميعها » .

(٣) هذا ويجوز للدائن أن ينزل من حقه في التمسك بسقوط الأجل ، ويحظر نزولاً فسخاً له .

وهناك حالة هي عكس الحالة التي يسقط فيها الأجل ، إذ فيها يحل الأجل فعلاً ولكن لا يعتبر مع ذلك أنه قد حل لأن حلوله إنما حدث بطريق الغش من الدائن (١) . ويقع ذلك في التأمين على الحياة إذا انتحر الشخص المؤمن على حياته ، فإن الدائن في هذه الحالة يتعجل حلول الأجل بانتحاره عمداً ، فلا يعتبر الأجل قد حل ، وتبرأ ذمة المؤمن من التزامه بدفع مبلغ التأمين . وقد ورد في هذا الحكم نص صريح في التفتين المدني ، فنصت الفقرة الأولى من المادة ٧٥٦ على أن وتبرأ ذمة المؤمن من التزامه بدفع مبلغ التأمين إذا انتحر الشخص المؤمن على حياته . كذلك إذا كان الدائن بمبلغ التأمين هو شخص غير المؤمن على حياته ، فإنه لا يستحق مبلغ التأمين إذا تسبب عمداً في موت المؤمن على حياته ، لأنه يكون قد تعجل غشاً حلول الأجل ، فيعتبر الأجل غير حال بالرغم من حلوله فعلاً . ويستوى في ذلك أن يكون التأمين على حياة شخص غير المؤمن له أو يكون لصالح شخص غير المؤمن له . وتنص المادة ٧٥٧ مدني في هذا الصدد على ما يأتي : ١ - إذا كان التأمين على حياة شخص غير المؤمن له ، برئت ذمة المؤمن من التزاماته متى تسبب المؤمن له عمداً في وفاة ذلك الشخص ، أو وقعت الوفاة بناء على تخريض منه . ٢ - وإذا كان التأمين على الحياة لصالح شخص غير المؤمن له ، فلا يستفيد هذا الشخص من التأمين إذا تسبب عمداً في وفاة الشخص المؤمن على حياته ، أو وقعت الوفاة بناء

= يكون سبب ضعف التأمينات متوقفاً قبل حصوله . فالدائن الذي يرتب نصيباً شاملاً ، ويتوقع تبعاً للظروف والملايسات طلب القسمة من أحد الشركاء غير المدين وما ينطوي عليه هذا الطلب من احتمال زوال الرهن ، يكون قد زل نزولاً ضمنياً عن حقه في التمسك بسقوط الأجل إذا تحقق هذا الاحتمال (بلانول وريبر وجابوله ٧ فقرة ١٠١٣ ص ٣٥٠ وفقرة ١٠١٥ ص ٣٥٦ - استئناف مختلط ٧ نوفمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٢ ص ٢٥) .

وانظر في أن سقوط الأجل بالنسبة إلى المدين الأصلي لا يقرب عليه سقوطه بالنسبة إلى مدين متضامن ولا إلى كفيل شخصي ولو كان متضامناً ولا إلى كفيل عيني ، ولكن يسقط لأجل بالنسبة إلى حائز المقار المرهون : بودري وبارد ٢ فقرة ١٠١٣ وفقرة ١٠١٧ وفقرة ١٠٣٩ - فقرة ١٠٤٠ - طلحا ١٠ ديسمبر سنة ١٩٢٤ المحاماة ٥ رقم ٢٢٣ ص ٢٥٦ .

(١) ويقابل ذلك اعتبار الشرط قد تخلف إذا عمل الدائن على تحقيقه غشاً . ولكن يلاحظ أن الأجل يعتبر أنه قد تخلف على سبيل التجوز ، فإن الأصل في الأجل أن يكون محقق الوقوع ، فاعتباره مختلفاً في حالة خاصة لا يبرره إلا غش الدائن .

على تخيير من له. فإذا كان ما وقع من هذا الشخص مجرد شروع في إحداث الوفاة ، كان للمؤمن له الحق في أن يستبدل بالمستفيد شخصاً آخر ولو كان المستفيد قد قبل ما اشترط لمصلحته من تأمين .

٧٦ — ملول الأجل بالنزول عنه ممن له مصلحة فيه : وقد يحل الأجل

قبل انقضائه ، لاسقوطه في الأحوال التي تقدم ذكرها ، بل بالنزول عنه ممن له مصلحة فيه ، المدين أو الدائن .

لذلك ينبغي ، لمعرفة ما إذا كان النزول عن الأجل صحيحاً ، أن نثبت من له مصلحة فيه من الطرفين ، هل هو المدين أو هو الدائن ، وأيهما كانت له المصلحة يجوز له النزول عن الأجل لأنه إنما ينزل عن مصلحة له (١) .

وقد كان المشرع التمهيدى يشتمل على نص في هذه المسألة هو نص المادة ٣٩٧ ، وكانت تجرى على الوجه الآتي : ١ — يفترض في الأجل أنه ضرب لمصلحة المدين ، إلا إذا تبين من العقد أو من نص في القانون أو من الظروف أنه ضرب لمصلحة الدائن أو لمصلحة الطرفين معاً . ٢ — إذا تمحض الأجل لمصلحة أحد الطرفين ، جاز لهذا الطرف أن يتنازل عنه بإرادته المنفردة (٢) . وقد حذفت

(١) استئناف مختلط ٢٤ ديسمبر سنة ١٨٩٠ م ٣ ص ٩٠ — ٢ مايو سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٢٤٥ — ٢٣ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٢٣ (جواز التمسك بالمقاصة بين دين مؤجل سقط الأجل بالنزول عنه ودين حال) .

أما الأجل الفاسخ فالأصل فيه أنه لمصلحة الدائن ، ولذلك يجوز له وحده أن ينزل عنه بإرادته المنفردة . على أن الأجل الفاسخ قد يكون لمصلحة الطرفين كما في الإيجار (إذا سلمنا بالأجل الفاسخ في العقود الزمنية) ، فلا يجوز النزول عنه أو من بعضه إلا باتفاق الطرفين . وقد يكون العقد غير لازم — كالوكالة — فيجوز للموكل أن ينزل الوكيل قبل انتهاء الأجل ، كما يجوز للوكيل أن ينزل من الوكالة قبل انتهاء الأجل كذلك ، على أن الوكالة إذا كانت بأجر فإن الموكل يكون ملزماً بتعويض الوكيل عن الضرر الذي لحقه من جراء عزله في وقت غير مناسب أو بغير علم مقبول ، وإذا كانت الوكالة صادرة لصالح الوكيل أو لصالح أجنبي فلا يجوز للموكل أن ينهي الوكالة أو يقيدها دون رضا من صدرت الوكالة لصالحه (الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام بقرة ١٧١ ص ٢٤٠ — ص ٢٤١) .

(٢) ويقابل هذا النص المادة ١٠١ / ١٥٥ من التفتين المدني السابق ، وكانت تجرى على الوجه الآتي : « إذا كان لتمهيد أجل ، جاز لتمهيد الوفاء قيل حله إلا إذا كان العقد يقع =

هذه المادة في لجنة المراجعة « لأنحكما مستفاد من تطبيق المبادئ العامة » (١)، من أجل ذلك يكون هذا الحكم واجب التطبيق بالرغم من حذف النص . وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى شرح واف لهذا الحكم فنقتصر على إيرادها فيما يلى : « قد يضرب الأجل لمصلحة المدين وحده ، كما هو الشأن فى عارية الاستهلاك بغير فائدة وعارية الاستعمال ، أو لمصلحة الدائن وحده ، كما هى الحال فى الوديعة (٢) . أو لمصلحة الدائن والمدين معاً ، كما يقع ذلك فى القرض بفائدة . ويفترض عند الشك أن الأجل مضروب لمصلحة المدين وحده (٣) . ومع ذلك فقد يستفاد من العقد كما يقع ذلك فى القرض

- ذلك . وبالرغم من غرض هذا النص ، فإنه كان يفسر بالمعنى الواضح الذى أتى به التفتين المدنى الجديد .

ويقابل النص فى التفتين المدنى العراقى للمادة ٢٩٤ وهى مطابقة لنص التفتين المدنى المصرى . ويقابل فى تفتين الموجبات والعقود البنائى النصوص الآتية : م ١٠٩ إن الأجل الموجب موضوع لمصلحة المدين ، إلا إذا استنتج العكس من الأحوال أو من نص العقد أو ما بهته أو القانون .

م ١١٠ - إذا كان الأجل موضوعاً لمصلحة دائن أو لمصلحة الطرفين المشتركة ، فهو يمنح المدين من التنفيذ الاختيارى الموجب .

م ١١٢ - إن الفريق الذى يستفيد وحده من الأجل يمكنه أن يتنازل عنه بمجرد مشيئة .

م ١/٣٠٣ - لا يجوز إجبار الدائن على قبول الإيفاء قبل الأجل ، إلا إذا كان موضوعاً لمصلحة المدين وحده .

(وهذه الأحكام تتفق مع أحكام التفتين المدنى المصرى) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٠ فى الماشى .

(٢) ومع ذلك فإن المادة ٧٢٢ مدنى تنص على أنه « يجب على المودع عند أن يسلم الشيء إلى المودع بمجرد طلبه إلا إذا ظهر من العقد أن الأجل عين لمصلحة المودع عند . والمودع عند أن يلزم المودع أن يسلم الشيء فى أى وقت إلا إذا ظهر من العقد أن الأجل عين لمصلحة المودع » (أنظر الأستاذ إسحاق غانم فى أحكام الالتزام بقرة ١٧١ ص ٢٤٢ ماشى رقم ٢ - وانظر فى القانون المدنى العراقى الأستاذ حسن الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى بقرة ١٥٢) .

(٣) حتى لو كان الدين تجارياً ، وإن كانت الديون التجارية يستخلص فيها بسهولة أن الأجل لمصلحة الطرفين معاً (بوددى وبارد ٢ بقرة ٩٨٢ - بقرة ٩٨٣ - بلانول وروبير وجابولد ٧ بقرة ١٠٠٣ - وانظر عكس ذلك وأن الأجل فى الديون التجارية مفروض فيه أنه لمصلحة الطرفين معاً : تولييه ٦ بقرة ٦٧٩ - لارومبيير ٣ م ١١٨٧ بقرة ٤) . وقد نعمت

بفائدة (١)، أو من نص القانون كما هو الشأن في حق الانتفاع والإيراد المرتب مدى الحياة، أو من الظروف كما هي الحال في ودائع المصارف، إن الأجل قد ضرب لمصلحة الدائن أو لمصلحة الدائن والمدين معاً. فإذا كان الأجل مضرراً لمصلحة الدائن والمدين معاً، فلا يجوز لأحدهما أن يتفرد بالتنازل عنه، بل يشترط لذلك تراضيهما. أما إذا كان الأجل على نقيض ذلك مضرراً لمصلحة أحد الطرفين، فلمن شرط الأجل لمصلحته، دائناً كان أو مديناً، أن ينزل عنه بإرادته المنفردة. ونظرياً على هذه القواعد لا تجوز الإقالة من الإجارة (وهي لمصلحة الطرفين) قبل انتهاء الأجل إلا بتراضي المؤجر والمستأجر، ويجوز للمستعير في عارية الاستعمال (وهي لمصلحة المستعير وحده) أن يرد الشيء قبل الأجل المحدد، ويجوز للمودع (والودعة لمصلحته وحده) أن يطالب برد ما استودع قبل انقضاء أجل الإيداع، (٢).

= المادة ١٤٥ من التقنين التجاري على أنه «لا يجوز حامل كتيالة على استلام قيمتها قبل الاستحقاق». وانظر نفس القاعدة، في السندات تحت الإذن والسندات لحاصلها، في المادة ١٨٩ من التقنين التجاري وهي تحيل على القواعد المطبقة في الكتيالات. فق الكتيالات والسندات، دور غيرها من المسائل التجارية، يفرض القانون أن الأجل مشروط لمصلحة الطرفين. وإذا أصدرت شركة أو شخص منوى عام (الدولة أو إحدى البلديات مثلاً) سندات وذكرت أنها تسهلك بطريق القرعة في مواعيد معينة، لم يستطع من أصدر هذه السندات أن يستهلكها قبل المواعيد المحددة وبطريقة القرعة المعينة إلا إذا كان الأجل لمصلحته وحده لا لمصلحة الطرفين، ومعرفة ما إذا كان الأجل في هذه الحالة لمصلحة المدين وحده أو لمصلحة الطرفين مسألة واقع يستخلصها قاضي الموضوع من الظروف دون رقابة عليه من محكمة النقض (أنظر في هذه المسألة بودري وبارد ٢ فقرة ٩٨٤ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٠٢ ص ٣٤١ — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٣٠٣ ص ٥١٣ هامش رقم ١ — بلانيول وريبير وبولانيه ٢ فقرة ١٤٩٩ — جوران ٢ فقرة ٧٢٥ ص ٣٩٧).

(١) قارن بودري وبارد ٢ فقرة ٩٧٤ ص ١٥١ هامش رقم ٢ — وقد يكون القرض بفائدة بين شخصين تربطها علاقة وثيقة وأراد المقرض تقديم خدمة للمقرض، عند ذلك يستطيع قاضي الموضوع أن يستخلص أن الأجل، وإن كان القرض بفائدة، لمصلحة المدين وحده، فيستطيع هذا أن ينزل عنه. كذلك ليس كل دين بفائدة يكون الأجل فيه حتماً لمصلحة الطرفين، فالمشترى بشئ مؤجل وبفائدة قد يكون الأجل لمصلحته وحده، فله في هذه الحالة أن ينزل عن الأجل وأن يجعل الثمن فلا يدفع الفائدة عن المدة الباقية من الأجل (بودري وبارد ٢ فقرة ٩٨١ والهامش رقم ٢).

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٠ هامش رقم ١.

على أن التقنين المدني - استثناء من الأحكام المتقدم ذكرها - وضع قاعدة في القرض بفائدة أجاز فيها للمدين ، دون رضاء الدائن ، أن ينزل عن الأجل بشروط معينة ، مع أن الأجل مقرر لمصلحة كل من المدين والدائن ، فكان الواجب ألا يجوز للمدين وحده أن ينزل عنه بغير رضاء الدائن ، وذلك إمعاناً من المشرع في كراهية الربا . وقد وضع القانون لخلق المدين في النزول عن الأجل دون رضاء الدائن شروطاً فيها بعض التعويض على الدائن : (١) أن يكون قد انقضى على القرض ستة أشهر على الأقل يتقاضى فيها الدائن الفوائد المستحقة . (٢) أن يعلن المدين الدائن برغبته في إسقاط الأجل ورد ما اقترضه . (٣) أن يتم الرد فعلاً في أجل لا يتجاوز ستة أشهر من تاريخ هذا الإعلان . (٤) أن يؤدي الدائن للمدين فوائد ستة الأشهر التالية للإعلان (١) . وهذا ما تنص عليه المادة ٥٤٤ مدني في هذا الصدد : « إذا اتفق على القوائد ، كان للمدين ، إذا انقضت ستة أشهر على القرض ، أن يعلن برغبته في إلغاء العقد ورد ما اقترضه ، على أن يتم الرد في أجل لا يتجاوز ستة أشهر من تاريخ هذا الإعلان ، وفي هذه الحالة يلزم المدين بأداء الفوائد المستحقة عن ستة الأشهر التالية للإعلان . ولا يجوز بوجه من الوجوه إلزامه بأن يؤدي فائدة أو مقابلاً من أى نوع بسبب تعجيل الوفاء ، ولا يجوز الاتفاق على إسقاط حق المقرض في الرد أو الحد منه » (٢) .

(١) وفي فرنسا صدر تشريع استثنائي (قانون ١٦ يولييه سنة ١٩٣٥) وأكمل بمرسوم بقانون في ٢٠ أكتوبر سنة ١٩٣٥) لا يطبق إلا على الديون المدنية والتجارية السابقة على نفاذه ، ويقضى بجواز تعجيل دفع الدين قبل الأجل ولو كان ينتج فوائد ، دون حاجة إلى رضاء الدائن . واشترط هذا التشريع شروطاً تتعلق بوجود إخطار الدائن بالدفع المعجل وانقضاء أربعة أسابيع على الأقل بعد الإخطار إلا إذا كان العقد الأصلي ينص على مدة أطول ، ويجوز أن يكون الوفاء المعجل جزئياً بشرط ألا يقل عن ربع الدين . وقد قصد التشريع أن يهيئ السبيل لمن استدان بفائدة مرتفعة - أثناء أزمة اقتصادية - أن ين بالدين قبل حلول أجله ، ولو عن طريق اقتراض ما ين به الدين بفائدة أقل (أنظر بلانيول وريبير وجابوليه ٧ فقرة ١٠٠٧ مكررة - بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ١٠٥١ - فقرة ١٠٥٣ - كولان وكايبيتان ٢ فقرة ٦٦٥) .

(٣) أنظر في هذا المعنى المادة ٥١٢ من التقنين المدني السوري (وهي مطابقة) والمادة ٥٤٣ من التقنين المدني الليبي (وهي مطابقة) والمادة ٧٦٢ من تقنين الموجبات والمقود اللبناني ونصها ما يأتي : لا يجوز إجبار المقرض على رد ما يجب عليه قبل حلول الأجل المعين بمقتضى =

٢٩ - ما يترتب من الأثر على حلول الأجل

٧٧ - الاجل الواقف : إذا حل الأجل الواقف ، بانقضائه أو بسقوطه أو بالنزول عنه على النحو الذى بيناه ، أصبح الحق نافذاً ، ووجب على المدين القيام بتنفيذه بعد أن يعذره الدائن (١) ، لأن حلول الأجل وحده لا يكتفى

— المقدر أو العرف ، وإنما يجوز له أن يردده قبل الأجل ما لم يكن هذا الرد مضرًا بمصلحة المقرض .

هذا ويلاحظ أن الأجل إذا كان لمصلحة المدين ، وكان المدين ممرًا إصاراً فعلياً (وإلا فإن الإصار القانونى يسقط الأجل) ، لم يجوز له أن ينزل عن الأجل ، وإذا وفى الدائن قبل حلول الأجل فإن هذا الوفاء لا يسرى فى حق باقى الدائنين . وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٢٤٢ صراحة على هذا الحكم فقالت : « وإذا وفى المدين الممر أحد دائنيه قبل انقضاء الأجل الذى عين أصلاً الوفاء ، فلا يسرى هذا الوفاء فى حق باقى الدائنين » .

(١) استئناف مختلط ٦ يونيه سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٣٦٢ — ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٠٢ م ٥ ص ١١ — الاسكندرية الوطنية ١٦ مايو سنة ١٩٢٥ المجموعة الرسمية ٢٧ رقم ٢٩ ص ٤٦ — مصر الوطنية ٦ فبراير سنة ١٩٢٩ المجموعة الرسمية ٣٠ رقم ٥٨ ص ١٣٨ — وذلك ما لم يشترط حلول الأجل بمجرد انقضائه دون حاجة إلى إخطار (استئناف مختلط ٢٠ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٥٠) .

ولا يكتفى بإخطار المدين لحلول الأجل إذا كان وقت الإخطار قد حول الدائن حقه إلى آخر ، فلم يعرف المدين على وجه التحقيق من هو الدائن الذى يجب الوفاء له (استئناف مختلط ٢١ يونيه سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٥١٩) .

وإذا اشترط الدائن أنه عند حلول أجل قسط من الدين دون أن يدفع تحل باقى الأقساط دون حاجة إلى إخطار ، عمل بهذا الشرط وحلت باقى الأقساط بمجرد تأخر المدين عن دفع قسط فى ميعاده ، ولا يمنع من ذلك أن تصاف عبارة « على حسب اختيار الدائن » ، فإن هذه العبارة لا تمنع إلا أن الدائن له أن ينزل عن التمسك بهذا الشرط وله أن يتمسك به (استئناف مختلط ١٦ يونيه سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٤٠١ — ٦ نوفمبر سنة ١٩٢٣ جازيت ١٥ رقم ٢٠٢ ص ١٢٤ — ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٩٣ — المحلة ٤ ديسمبر سنة ١٩٠١ المجموعة الرسمية ٥ ص ١٩٥) . ولكن ليس للدائن أن يتمسك بتأخر المدين فى دفع قسط مدة قليلة ، إذا ثبت أن المدين دفع الأقساط السابقة فى مواعيدها ، وأن الدائن كان يتساهل فى استيفاء بعض هذه الأقساط متأخرة مدة قليلة (استئناف مختلط ٢٦ مارس سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١٥١) . كذلك إذا بدا تساهل من الدائن ، فتعود المدين أن يؤخر دفع القسط دون أن يطالبه الدائن بدفع باقى الأقساط ، فليس للدائن أن يباغت المدين بمطالبته بدفع باقى الأقساط إذا جرى المدين على عادته فى التأخر عن دفع قسط منها (استئناف أهل ١٧ أبريل سنة ١٩١٢ —

لأعذار المدين كما سبق القول (١) .

ويترتب على أن حق الدائن يصبح نافذاً بحلول الأجل عكس النتائج التي رتبناها على عدم نفاذ الحق قبل حلول الأجل . فيجوز للدائن أن يجبر المدين على أداء الدين ، ويقبل من المدين الوفاء الاختياري فلا يسترد مادفعه لأنه دفع ديناً مستحق الأداء، وتقع المقاصة القانونية بينه وبين دين آخر مقابل له مستحق الأداء ، ويجوز للدائن أن يحجز بموجبه تحت يد مدين المدين كما يجوز له توقيع الحجز التحفظية الأخرى ، وله أن يستعمل الدعوى البولصية ، ويسرى في حق الدين الذي حل أجله التناقص المسقط . وللدائن أن يحبس به ديناً في ذمته للمدين (٢) .

= المجموعة الرسمية ١٣ ص ٢٣٩ — كفر الشيخ ٢٨ مايو سنة ١٩٢٨ المجموعة الرسمية ٢٠ ص ١١ — استئناف مخطط ٣ أبريل سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٠٢ . بل يجب في هذه الحالة قبل أن يعتبر الدائن أن بقية الأقساط قد حلت أن يضر المدين أنه مستمر العودة إلى التمسك بشرطه بكل دقة فلا يسمح للمدين بأى تأخر في مواعيد دفع الأقساط (استئناف مخطط ٢٨ مايو سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٢١١) . وفي حالة نزول الدائن عن بعض الدين إذا دفع المدين الأقساط الباقية في مواعيدها ، المدين هو المسؤول باثبات أنه قام بالشرط حتى ينفذ تنازل الدائن ، وليس على الدائن أن يضر المدين (استئناف مخطط ١٠ فبراير سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ٥٩) .

(١) الوسط جزء ثان فقرة ٤٦٤ .

(٢) وإذا حل الأجل فليس الدائن ملزماً أن يطالب المدين بالدين فوراً ، بل يستطيع أن يقربس فيطالب المدين في أى وقت يختاره ، مع مراعاة أن التناقص يسرى في حق الدين من وقت حلول الأجل ، فإذا تمت مدة التناقص لم يمسد الدائن يستطيع المطالبة بالدين . وإذا كان الدين كفيل وحل أجل الدين ولم يطالب به الدائن فوراً ، فليس للكفيل أن يتضرر من ذلك ، لكن له أن ينفذ الدائن باتخاذ الإجراءات ضد المدين خلال ستة أشهر من هذا الإنذار ، وإلا برئت ذمة الكفيل ما لم يقدم المدين له ضماناً كافياً . وقد نصت المادة ٧٨٥ مدني على هذه الأحكام صراحة فقالت : ١- لا تبرأ ذمة الكفيل لجرد أن الدائن تأخر في اتخاذ الإجراءات أو لجرد أنه لم يتخذها . ٢- على أن ذمة الكفيل تبرأ إذا لم يقدم الدائن باتخاذ الإجراءات ضد المدين خلال ستة أشهر من إنذار الكفيل للدائن ، ما لم يقدم المدين للكفيل ضماناً كافياً . أنظر في الفقه الفرنسي : ديغولومب ٢٥ فقرة ٦٥٠ — لوران ١٧ فقرة ١٩٣ — لوبري ورو ٤ فقرة ٣٠٢ — بودري وبارد ٢ فقرة ١٠٠٠ — ويلاحظ أن المادة ٢٠٣٩ من التفتين المدني الفرنسي تقضى بأن لدائن أن يتفق مع المدين على مد أجل الدين دون أن تبرأ ذمة الكفيل بذلك ، ولكن يجوز للكفيل في هذه الحالة أن يقاضى المدين لإجباره على الوفاء .

(٩ م — الوسيط)

وليس لحلول الأجل الواقف أثر رجعي كما هو الأمر في تحقق الشرط الواقف . فلا يعتبر الحق نافذاً من وقت الاتفاق ، بل من وقت حلول الأجل . وهذا مستفاد من أن الأجل أمر محقق الوقوع ، ويتفق في الوقت ذاته مع نية الطرفين (١) .

٧٨ - الاجل الفاسخ : وهنا أيضاً نتجوز فتعتبر أن العقود الزمنية مقترنة بأجل فاسخ . فإذا حل الأجل ، بانقضائه أو بسقوطه (٢) أو بالزول عنه ، فإن الحق ينقضي من تلقاء نفسه بحلول الأجل دون حاجة إلى حكم يصدر بذلك (٣) . ويجوز للطرفين مد الأجل غير مرة ، ولكن المد يكون باتفاق جديد (٤) .

ويترب على أن الحق يزول بحلول الأجل أن جميع التصرفات التي أجراها صاحب الحق تزول بزواله ، فالإيجار من الباطن والتنازل عن الإيجار مثلاً يزولان بزوال الإيجار الأصلي . ويزول الحق بحلول الأجل حتى لو كان قد انتقل من الدائن إلى خلف عام أو إلى خلف خاص .

(١) الموجز للمؤلف فقرة ٤٨٩ .

(٢) ويمكن تصور سقوط الأجل للفاسخ ، إذا تموزنا وسلمنا هذا الأجل في العقود الزمنية ، في بعض الحالات الخاصة ، نذكر منها على سبيل المثال : (١) إذا مات المستأجر ، فإنه يجوز لورثته أن يطلبوا إنهاء العقد إذا أثبتوا أنه بسبب موت مورثهم أصبحت أعباء العقد أثقل من أن تتحملها مواردهم أو أصبح الإيجار مجاوزاً حدود حاجتهم (م ٢/٦٠١ مدني) . (ب) إذا لم يعقد الإيجار إلا بسبب حرفة المستأجر أو لاعتبارات أخرى تتعلق بشخصه ثم مات ، جاز لورثته أو للمؤجر أن يطلبوا إنهاء العقد (م ٦٠٢ مدني) . وانظر أيضاً في الإيجار المواد ٦٠٣ و ٦٠٤ و ٦٠٧ و ٦٠٨ و ٦٠٩ . (ج) يجوز للمعير أن يطلب في أي وقت إنهاء العارية في الأحوال الآتية : ١ - إذا عرضت له حاجة عاجلة لشيء لم تكن متوقعة . ٢ - إذا أساء المستعير استعمال الشيء أو قصر في الاحتياط الواجب للمحافظة عليه . ٣ - إذا أساء المستعير بعد انقضاء العارية أو كان مفسراً قبل ذلك دون علم من المعير (م ٦٤٤ مدني) . ٤ - تنتهي العارية بموت المستعير ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك (م ٦٤٥ مدني) .

(٣) ديمولوب ٢٥ فقرة ٥٦٩ - لوران ١٧ فقرة ١٧٩ - هيك ٧ فقرة ٢٨٢ - بودرى وبارد ٢ فقرة ٩٧٣ .

(٤) هيك ٧ فقرة ٢٨٢ - بودرى وبارد ٢ فقرة ٩٧٣ .

ويكون انقضاء الحق بحلول الأجل دون أثر رجعي ، بخلاف ما قرره في تحقق الشرط الفاسخ ، فيعتبر الحق قد انقضى من وقت حلول الأجل لا من وقت الانساق ، وبذلك يتميز الحق المقترن بأجل فاسخ عن الحق المعلق على شرط فاسخ . فالحق الأول يعد بوجوده قبل حلول الأجل ، أما الحق الآخر فيعتبر قد زال منذ البداية وكأنه لم يكن . وقد أشارت الفقرة الثانية من المادة ٢٧٤ مدني صراحة إلى انعدام الأثر الرجعي لحلول الأجل الفاسخ ، فنصت على أنه « يترتب على انقضاء الأجل الفاسخ زوال الالتزام ، دون أن يكون لهذا الزوال أثر رجعي (١) » .

• • •

٧٩ - مقارنة بين الشرط والأجل : بعد أن بسطنا أحكام كل من الشرط والأجل ، نعقد مقارنة موجزة بينهما . فهناك موافقات ، كما أن هناك مفارقات .

أما الموافقات الجوهرية فتتلخص في أمرين :

(١) أن كلا من الشرط والأجل أمر مستقبلي .

(٢) وأن كلا منهما ينقسم إلى واقف وفاسخ ، هذا مع التجوز الممهور في الأجل الفاسخ فيما يتعلق بالعقود الزمنية .

وأما المفارقات الجوهرية فتتلخص في الأمور الآتية :

(١) الشرط أمر غير محقق الوقوع ، أما الأجل فأمر محقق الوقوع .

(٢) الحق المعلق على شرط واقف حق موجود ولكنه ناقص ، أما الحق المقترن بأجل واقف فحق موجود كامل الوجود .

(٣) الحق المعلق على شرط فاسخ حق موجود على خطر الزوال ، أما الحق المقترن بأجل فاسخ فحق مؤكد الزوال .

(٤) لتحقيق الشرط ، كقاعدة عامة ، أثر رجعي ، أما حلول الأجل فليس به هذا الأثر .

(١) انظر في كل ذلك المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التشريعية

وترد كل هذه الفروق إلى فكرة واحدة ، هي أن الشرط أمر غير محقق الوقوع : ومن ثم فالحق المعلق على شرط واقف حق ناقص ، والحق المعلق على شرط فاسخ حق على خطر الزوال ، ولتحقق الشرط أثر رجعي تأولا لنية الطرفين أمام أمر غير محقق الوقوع . والأجل أمر محقق الوقوع . ومن ثم فالحق المقترن بأجل واقف حق كامل الوجود . والحق المقترن بأجل فاسخ حق مؤكد الزوال ، وليس لحلول الأجل أثر رجعي إذ لا يحمل لتأول نية الطرفين على هذا الوجه أمام أمر محقق الوقوع .

الباب الثاني

تعدد محل الالتزام

٨٠ - الالتزام متعدد المحل والالتزام التخييري والالتزام البعدي :

قد يتعدد محل الالتزام ، فيكون هذا التعدد وصفاً (modalité) في الالتزام (١). والالتزام الموصوف على هذا النحو أنواع ثلاثة : (١) التزام متعدد المحل (obligation conjointe) (٢) والالتزام التخييري (obligation alternative) (٣) والالتزام بعدي (obligation facultative) (٤).

(١) أما إذا كان المدين ملزماً بأداءات (prestations) متعددة ، كل منها يتميز عن الآخر ، كان هناك التزامات متعددة ، وليس عملاً متعددة لالتزام واحد ، حتى لو كان لهذه الالتزامات المصدرة مصدر واحد ، وذلك كمقد البيع ينشئ في جانب البائع التزامات متعددة ، منها التزام بظل الملكية ، ومنها التزام بالتسليم ، ومنها التزام بضمان الاستحقاق، ومنها التزام بضمان العيوب الخفية (أوبري ورو ٤ فقرة ٣٠٠ ص ٦٨) .

(٢) وقد يتعدد المحل ومع ذلك يتكون من جميع المحال وحدة مقصودة ، كبيع مجموعة من الصور وقرعة الطعام أو قنوم أو للاستقبال ونحو ذلك ، فهذا يكون الالتزام ذا محل واحد لا يتجزأ . وكذلك قد يكون محل الالتزام واحداً ولكن تنفرق أجزائه ، كبيع كتاب من أجزاء متعددة ، ويكون الالتزام هنا من باب أول ذا محل واحد لا يتجزأ . ويلاحظ إن عدم تجزئة المحل في صورتين المتضمتين ليس هو عدم التجزئة التي سنبحث في تعدد أطراف الالتزام ، فان عدم تجزئة المحل لا يكون وصفاً في الالتزام يقتضي أحكاماً خاصة به إلا إذا تعددت أطراف الالتزام من مدين أو دائن ، أما عدم تجزئة المحال المتعددة مع بقاء كل من المدين والدائن واحداً لا يقتضي ألا تسمى آخر لقول بأن الوفاء الجزئي لا يجوز ، وهذا أيضاً صحيح حتى لو كان محل الالتزام شيئاً واحداً، تفرقت أجزائه أو لم تنفرق (أنظر في هذا المعنى ص ٢٦٧ فقرة ٢٦٧ ولفقرة ٢٧٢) .

ويقول أوبري ورو : إذا التزمت باعطاء حصان وبقرتي فالالتزام متعدد المحل ، ويكون الالتزام بسيطاً إذا التزمت باعطاء المواشي التي أملكها، وكذلك يكون الالتزام بسيطاً إذا التزمت برء رأس المال مع فوائده (أوبري ورو ٤ فقرة ٣٠٠ ص ٦٨ هامش رقم ١) .

فالالتزام متعدد المحل هو التزام واحد ولكنه ذو محل متعدد ، كالمقايض يلتزم باعطاء المقايض معه أرضاً ومعدلاً (soulte) للمقايضة هو مبلغ من النقود في مقابل أن يعطيه المقايض الآخر داراً . فهنا يلتزم المقايض الأول باعطاء المقايض معه أرضاً ومبلغاً من النقود ، فالتزامه واحد مصدره عقد المقايضة ، وهو في الوقت ذاته متعدد المحل لأن المدين ملتزم أن يعطي شيئين لاشيئاً واحداً : الأرض ومبلغ النقود . وليس لهذا النوع من الوصف أثر كبير في الالتزام ، ولا توجد فروق هامة ما بين الالتزام متعدد المحل والالتزام ذي المحل الواحد . ففي الالتزامين يجب على المدين أن يؤدي للدائن محل الالتزام كاملاً إذا كان واحداً ، أو جميع محال الالتزام إذا كانت متعددة ، ولا تقبل التجزئة في الوفاء (paiement partiel) ، فلا تجوز تأدية جزء من المحل الواحد أو محل من المحال المتعددة دون رضا الدائن . والهلاك الجزئي — بأن يهلك جزء من المحل الواجد أو من المحال المتعددة — حكمه واحد في الالتزامين ، وينقسم في كل منهما اثنتين أو المقابل أياً كان على الجزء المالك والجزء الباقي وفقاً لأحكام الهلاك الجزئي . ويجوز فسخ العقد في الحالتين إذا بقي جزء من المحل الواحد أو من المحال المتعددة دون وفاء (١) . على أن الالتزام ذا المحل الواحد يكون عقاراً أو منقولاً تبعاً لطبيعة هذا المحل ، ففي المثل المتقدم يكون التزام المقايض الآخر — وقد التزم باعطاء دار — عقاراً . أما الالتزام ذو المحل المتعدد فيكون عقاراً أو منقولاً تبعاً لطبيعة المحال المتعددة جميعاً ، وقد يكون بعضها عقاراً وبعضها منقولاً كما في حالة المقايض إذا التزم باعطاء أرض ومبلغ من النقود ، فيكون الالتزام لاعتقاراً محضاً ولا منقولاً محضاً بل هو مختلط (mixte) بعضه عقار وبعضه منقول (٢) .

(١) أوبري ورو ٤ فقرة ٣٠٠ ص ٦٩ .

(٢) لاروميير ٣ م ١١٨٩ فقرة ٥ — لوران ١٧ فقرة ٢٢٤ — فقرة ٢٢٥ — بودري وبارد ٢ فقرة ١٠٤٧ — چوسران ٢ فقرة ٧٤٤ .

والفقه الإسلامي يعني عناية خاصة بالالتزام ذي المحل المتعدد، ويميز تمييزاً واضحاً بين التزام محل أشياء متعددة كلها واجبة الأداء وبين التزام محل أشياء متعددة أحدها وحده هو الواجب الأداء بحسب اختيار المدين ويسمى هذا بختيار التعيين (البائع جزء ٥ ص ١٥٦ - ص ١٥٨) .

وستعود إلى خيار التعيين عند الكلام في الالتزام التخييري .
أما الالتزام الذي يكون محل أشياء متعددة كلها واجبة الأداء فيفصل الفقه الإسلامي أحكامه في كثير من الأسباب ، ويحرص فيه بوجه خاص على عدم تفريق الصفقة ، ثم إذا هي تفرقت =

والالتزام التخييري هو التزام متعدد المحل ، ولكن واحداً فقط من هذه

يحرص على عدم جهاالة الثمن فيما تفرقت الصفقة فيه . « فإذا أوجب (البائع) في المبدئين قبل (المشتري) في أحدهما ، بأن قال البائع للمشتري بمتك هذين المبدئين بألف درهم ، فقال المشتري قبلت في هذا العبد وأشار إلى واحد معين ، لا يتنقد ، لأن القبول في أحدهما تفريق الصفقة على البائع ، والصفقة إذا وقعت مجتمعة من البائع لا يملك المشتري تفريقها قبل انقضاء . لأن من عادة التجار ضم الرديء إلى الجيد ترويحاً للرديء بواسطة الجيد ، فلو ثبت للمشتري ولاية التفريق لقبول في الجيد دون الرديء ، فيتضرر به البائع والضرر منفي . ولأن غرض الترويح لا يحصل إلا بالقبول فيهما جميعاً ، فلا يكون راضياً بالقبول في أحدهما . ولأن القبول في أحدهما يكون إعرافاً عن الجواب بمنزلة القيام من المجلس . . . ثم إذا قبل المشتري بعض ما أوجبه البائع كان هذا شراء مبتدأ من البائع ، فإن اتصل به الإيجاب من البائع في المجلس فينتظر : أن كان للبعض الذي قبله المشتري حصة معلومة من الثمن جاز ، وإلا فلا . بيانه أنه إذا قال بمتك هذين الكرئين بشرتين ، بيع كل كر بمشرة تماثل قفزان الكرئين . وكذلك إذا قال بمتك هذين المبدئين بألف درهم ، فقبل المشتري في أحدهما وبين ثمنه ، فقال البائع بمتك يجوز . فاما إذا لم يبين ثمنه لا يجوز ، وإن ابتدأ البائع بالإيجاب . بخلاف مسألة الكرئين وسائر الأشياء المتماثلة ، لما ذكرنا أن الثمن في الغليات ينقسم على المبيع باعتبار الأجزاء ، فكان حصة كل واحد معلوماً . وفيما لا مثل له لا ينقسم الثمن على المبيع باعتبار الأجزاء لانعدام تماثل الأجزاء ، وإذا لم ينقسم بقيت حصة كل واحد منهما من الثمن مجهولة ، وجهالة الثمن تمنع صحة البيع . هذا إذا لم يبين البائع حصة كل واحد من المبدئين ، بأن قال بمتك هذين المبدئين بألف درهم . فاما إذا بين بأن قال بمتك هذين المبدئين هذا بألف وهذا بخمسةائة ، فقبل المشتري في أحدهما دون الآخر ، جاز البيع لانعدام تفريق الصفقة من المشتري ، بل البائع هو الذي فرق الصفقة حيث سمى لكل واحد منهما ثمناً على حدة ، ولم أنه لا ضرر له فيه ، ولو كان فهو ضرر مرضى به وأنه غير ملفوح » (البدائع جزء ٥ ص ١٣٦ — ص ١٣٧) .

ويعني الفقه الإسلامي — من حيث تكوين العقد أيضاً — بفكرة أن الالتزام ذا المحل المتعدد ، وهو صفقة واحدة ، إذا داخله بطلان في بعض عماله المتعددة ، قد يحتل باحتلال وحدة الصفقة . فلو جمع البائع « بين ما هو مال وبين ما ليس بمال في البيع ، بأن جمع بين حر وعبد أو بين عصير وخمر أو بين ذكية وميتة ، وباعها صفقة واحدة ، فإن لم يبين حصة كل منهما من الثمن ، لم يتنقد العقد أصلاً بالإجماع . وأن بين ، فكذلك عند أبي حنيفة . وعندنا (أي عند أبي يوسف ومحمد صاحب أبي حنيفة) يجوز في العصير والعبد والذكية ، ويطلق في الحر والخمر والميتة ... وجه قولها أن الفساد بقدر المفسد لأن الحكم يثبت بقدر الملة ، والمفسد يخص أحدهما فلا يتعمم الحكم على خصوص الملة ، فلو جاء الفساد إنحاصاً من قبل جهالة الثمن ، فإذا بين حصة كل واحد منهما من الثمن فقد زال هذا المصن أيضاً ... ولأبي حنيفة رضي الله عنه أن الصفقة واحدة وقد فسدت في أحدهما فلا تصح في الآخر ، والدليل على أن الصفقة واحدة أن لفظ البيع والشراء لم يتكرر والبائع واحد والمشتري واحد ، وتفريق الثمن وهو التسمية لكل واحد منهما لا يمنع اتحاد الصفقة ، دل على أن الصفقة واحدة ، وقد فسدت في أحدهما يقيّن لخروج الحر والخمر والميتة عن محلة البيع يقيّن : فلا يصح في الآخر لاستحالة كون =

المحل المتعددة هو الواجب الإداء ، لا المحل جميعاً كما في الصورة السابقة .
فاذا التزم شخص لآخر باعطائه إما أرضاً أو سيارة ، كان الالتزام هنا تخييرياً ،
وكان محل الالتزام هو الأرض أو السيارة بحسب اختيار المدين أو الدائن ،
وليس المحل هو الأرض والسيارة معاً .

يبقى الالتزام البدلي ، وهو التزام غير متعدد المحل على النحو السابق ، بل
له محل واحد ، ولكن يستطيع المدين أن يؤدي شيئاً آخر بدلاً منه فيقضى
بذلك التزمه . فاذا التزم شخص لآخر باعطائه داراً ، واحتفظ لنفسه بالحق في أن
يعطيه إذا شاء أرضاً بدلاً من الدار ، كان الالتزام بدلياً . وهنا يكون محل
الالتزام شيئاً واحداً هو الدار ، ولكن يجوز للمدين أن يستبدل بالدار الأرض
لوفاء بالتزامه ، ولا يستطيع الدائن أن يرفض هذا الوفاء .

- الصفة الواحدة صحيحة وفاسدة ، ولهذا لم يصح إذا لم يسم لكل واحد منهما ثمناً فكذا إذا
سمى لأن التسمية وتفريق الثمن لا يوجب تعدد الصفة لاتحاد البيع والعاقدين ... ولأنه لما جمع
بينهما في الصفة فقد جعل قبول العقد في أحدهما شرط القبول في الآخر ، بدليل أنه لو قبل
العقد في أحدهما دون الآخر لا يصح ، والمحر لا يحتمل قبول العقد فيه فلا يصح القبول في
الآخر ... ولأن في تصحيح العقد في أحدهما تفريق الصفة على البائع قبل اتمام ، لأنه أوجب
البيع فيما فالقبول في أحدهما يكون تفريقاً وهذا لا يجوز ... ثم إذا جاز البيع في أحدهما
عندهما (أي عند صاحبيه) فهل ينبت اختيار فيه ؟ إن علم بالحرام ثبت لأن الصفة تفرقت
عليه ، وإن لم يعلم لا لأنه مضى بالتفريق (البدائع جزء ٥ ص ١٤٥ - ص ١٤٦) .

وتفرقت الصفة أيضاً هي التي يعنى بها الفقه الإسلامي في تقرير أحكام العقد بعد انقضاه صحيحاً ،
فإذا ملك بعض المبيع قبل القبض ملك على البائع ، ثم ينظر : إن كان النقصان نقصان قدر ،
بأن كان كيلاً أو موزوناً أو ممدوداً ، ينسخ العقد بقدر الهالك وتسقط حصته من الثمن ، لأن
كل قدر من المقدرات معقود عليه فيقابلة شيء من الثمن ، وهلاك كل المعقود عليه يوجب
انفساخ البيع في الكل وسقوط كل الثمن ، فهلاك بعضه يوجب انفساخ البيع وسقوط الثمن بقدره .
وللشترى بالتخيير في الباقي ، إن شاء أخذه بحصته من الثمن ، وإن شاء ترك لأن الصفة قد تفرقت
عليه (البدائع جزء ٥ ح ٢٣٩) . وللبائع حبس المبيع حتى يستوفي الثمن ، فلو باع شيئين
صفة واحدة ، وسمى لكل واحد منهما ثمناً ، فنقد المشتري حصة أحدهما ، كان للبائع حبسهما
حتى يقبض حصة الآخر لما قلنا ، لأن قبض أحدهما دون الآخر تفريق الصفة الواحدة في حق
القبض ، والمشتري لا يملك تفريق الصفة الواحدة في حق القبول بأن يقبل الإيجاب في أحدهما
دون الآخر ، فلا يملك في حق القبض أيضاً ، لأن القبض شها بالعقد . وكذلك لو أبرأ من
حصة أحدهما ، فله حبس الكل لاستيفاء الباقي لما ذكرنا (البدائع جزء ٥ ص ٢٥٠) .

وظاهر من هذه النصوص التي قدمناها أن أحكام الفقه الإسلامي في الالتزام في المحل المتعدد
مقبولة بوجه عام ، ويمكن تخرجها على المبادئ العامة في القانون الحديث .

ونرى مما تقدم أن هناك تدرجاً تصاعدياً في تعدد المحل ما بين الالتزام البدلي والالتزام التخييري والالتزام ذو المحل المتعدد . ففي الالتزام البدلي محل الالتزام (objet in obligation) ، واحد ، ولكن يوجد شيء آخر محل محله عند الوفاء (objet in facultate solutionis) . ويرقى الالتزام التخييري مرتبة في تعدد المحل ، فحلل الالتزام متعدد - شيان أو أكثر لا شيء واحد - ولكن الواجب الأداء من هذه الأشياء المتعددة هو شيء واحد . ثم يرقى الالتزام ذو المحل المتعدد المرتبة العليا في تعدد المحل ، فحلل الالتزام متعدد - شيان أو أكثر - والواجب الأداء هو كل هذه الأشياء المتعددة (١) .

ولما كان الالتزام ذو المحل المتعدد لا يكاد يفارق الالتزام ذا المحل الواحد ، وتكاد تكون أحكام كل منهما واحدة ، فانه لا توجد أهمية خاصة لأفراده بالبحث (٢) . والذي يجب أن يفرد بالبحث - لأن الوصف فيه ذو أثر بالغ - هو الالتزام التخييري ثم الالتزام البدلي ، ونبحثهما في فصلين متعاقبين .

(١) أنظر في ذلك دى باج ٣ فقرة ٢٦٨ .
(٢) ويميز تقنين الموجبات والمقود البناني ، في « الموجبات ذات المواضيع المتعددة » ، بين الموجب المتلازم « وهو الذي ندعوه بالالتزام ذو المحل المتعدد » ، والموجب التخييري « أى الالتزام التخييري » ، والموجب الاختياري « أى الالتزام البدلي . فتصص المادة ٣ « من هذا التقنين على « أن الموجبات ذات المواضيع المتعددة تكون متلازمة أو تخيرية أو اختيارية » . وتنص المادة ٤ « على أن « الموجب المتلازم هو الذي يكون موضوعه مشتملا على جملة أشياء تجب معاً بحيث لا تبرا ذمة المدينون إلا بأدائها كلها » . وتنص المادة ٥ « على « أن الموجبات المتلازمة خاصة للأحكام المختصة بالموجب البسيط » .

الفصل الأول

الالتزام التخييري

(Obligation alternative)

٨١- قيام وصف التخيير وأحكامه : التخيير بين محلين أو أكثر للالتزام الواحد وصف يقوم بالالتزام كما قدمنا . فيجب أن نعرف ما هو ، ومن أى مصدر ينشأ ، ومن من طرق الالتزام يثبت له الخيار . ثم نعرف بعد ذلك ما هى أحكام الالتزام التخييري .

فنبحث إذن مسألتين : (١) قيام وصف التخيير (٢) أحكام الالتزام التخييري (١) .

الفرع الاول

قيام وصف التخيير

٨٢- النصوص القانونية : تنص المادة ٢٧٥ من التقنين المدني على ما يأتى :

« يكون الالتزام تخييرياً إذا شمل محله أشياء متعددة تبرأ ذمة المدين براءة

(*) مراجع : بتكاز Bonnecase تكله بودى ٢ فقرة ٧٦٠ وما بعدها — مقال له فى مجلة القانون المدنى الفصلية سنة ١٩٢٩ من ١٠٩٢ — أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٠ — بودى وبارد ٢ فقرة ١٠٤٢ — فقرة ١١٠٦ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٤٨ — فقرة ١٠٥١ — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٨٠٠ — فقرة ٨٠٣ — دى باج ٣ فقرة ٢٧٣ — ٢٨٢ — بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ١٣١٩ — فقرة ١٣٢٢ — كولان وكايتان ودى لامورانديير ٢ فقرة ٦٧٨ — چوسران ٢ فقرة ٧٤٥ — فقرة ٧٤٦ .

(١) ويقول دى باج إنه بالرغم من أن الالتزام التخييرى ليس كثير الوقوع فى الحياة العملية، فإنه يثير صعوبات جدية من ناحية الصناعة القانونية (دى باج ٣ فقرة ٢٧٣ من ٢٦٩) .

تامة إذا أدى واحداً منها ، ويكون الخيار للمدين ما لم ينص القانون أو يتفق المتعاقدان على غير ذلك (١) .

ويقابل هذا النص المادة ١٥٠/٩٦ من التقنين المدني السابق (٢) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٢٧٥ ، وفي التقنين المدني الليبي المادة ٢٦٢ ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ٢٩٨ ، وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٥٦ (٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٣٩٩ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، غير أن النص في المشروع التمهيدى كان مقسوماً إلى فقرتين ، فاندجت الفقرة الثانية في الفقرة الأولى في لجنة المراجعة . وعرض على لجنة المراجعة اقتراح محكمة مصر من إضافة نص يجعل أثر التخيير يستند إلى وقت الالتزام ، فلم تر اللجنة ضرورة لهذا النص لإمكان استخلاص حكمه من المبادئ العامة ، وأصبحت المادة رقمها ٢٨٧ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٧٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٧ وص ٣٩) .

(٢) التقنين المدني السابق م ٩٦ / ١٥٠ : إذا كان التمهيد بمثل أحد شيئين فأكثر ، فالخيار لمتعهد ، إلا إذا وجد نص صريح في التمهيد أو في القانون يقضى بخلاف ذلك . ولا فرق في الأحكام ما بين التقنينين الجديد والقديم . وقد كان التقنين القديم يفصل ذكر الالتزام البديل ، ويكتفى من النصوص فيما يتعلق بالالتزام التخييري في غير ضبط ولا تحديد . وقد تكفل التقنين المدني الجديد بهذا الضبط ، فبين من يستعمل الخيار إذا امتنع من له الحق في مباشرته ، ووضع نظاماً أدنى إلى المنطق في آثار استحالة التنفيذ . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « عند المشروع - فيما تعلق بالأوصاف الخاصة بتعدد محل الالتزام - إلى الجمع بين الالتزام التخييري والالتزام البديل في الفصل المعقود لها ، مقتدياً بذلك بالتقنين اللبناني . ولعل في دقة التفريق بين هذين الضريبتين من الالتزام ما يمنع منه الأغضاء عن أعمال التقنين المصرى والتقنين الفرنسى ، بل والمشروع الفرنسى الإيطالى ، للإلزامات البديلية . ومع أن أحكام الالتزام التخييري ظفرت بحظ موفور من التفصيل في نصوص التقنين الحالى (السابق) - إذ اقتصرت بما لا يقل عن مواد أربع - إلا أنها كانت بحاجة إلى شيء من الضبط والتحديد . وقد تكفل المشروع بذلك ، فعين كيفية إعمال حق الخيار بين محل التخيير إذا امتنع من ثبت له هذا الحق من المصدقين عن مباشرته ، ووضع لآثار استحالة التنفيذ نظاماً أدنى إلى المنطق » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٦) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢٧٥ (مطابقة للمادة ٢٧٥

من التقنين المدني المصرى) .

التقنين المدني الليبي م ٢٦٢ (مطابقة للمادة ٢٧٥ من التقنين المدني المصرى) .

ويستخلص من النص المتقدم أن وصف التخيير يقوم متى شمل محل الالتزام أشياء متعددة تبرأ ذمة المدين براءة تامة إذا أدى واحداً منها ، وأن خيار التعين يكون في الأصل للمدين إلا إذا قضى المصدر الذي ينشأ منه - الاتفاق أو القانون - بأن الخيار يكون للدائن أو للغير .

فنبحث إذن : (١) متى يقوم وصف التخيير (٢) من له خيار التعين ومصدر هذا الخيار .

§ ١ - متى يقوم وصف التخيير

٨٣- (١) **تعدد الالتزامات التخييرية** : ليكون الالتزام تخييرياً فيقوم به وصف التخيير ، يجب توافر شروط ثلاثة : (١) يتعدد محل الالتزام فيكون للالتزام إعلان أو أكثر . (٢) ويتوافر في كل محل منها الشروط الواجب توافرها في المحل . (٣) ويكون الواجب الأداء ، حتى تبرأ ذمة المدين براءة تامة من التزامه ، محلاً واحداً من هذه المحال المتعددة .

٨٤- (١) **تعدد محل الالتزام** : يجب أن يكون محل الالتزام متعدداً كما قلنا . فيصح أن يلزم البائع للمشتري أن يبيع منه الدار أو الأرض . ويصح

= التقنين المدني العراقي م ٢٩٨ : ١ — يصح أن يكون محل الالتزام أحد أشياء قيمة أو مزية من أجناس مختلفة ، ويكون الخيار في تعينه المدين أو الدائن . ٢ — وإذا أطلق خيار التعين فهو للمدين ، إلا إذا قضى القانون أو اتفق المتعاقدان على أن الخيار يكون للدائن . (ولا فرق في الأحكام ما بين التقنين المصري والتقنين العراقي رغم اختلاف العبارة . أنظر في التقنين العراقي الأستاذ حسن الفتون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ١٦٣ — فقرة ١٦٦) .

تقنين الموجبات والمقود البناني م ٥٦ : الموجب التخييري هو الذي يكون موضوعه مشتملاً على جلة أشياء تبرأ ذمة المدين تماماً بأداء واحد منها . والمدينون وحده حق الاختيار مالم يكن ثمة نص مخالف . (ولا فرق في الأحكام ما بين التقنين المصري والتقنين البناني رغم اختلاف العبارة . ويقول التقنين البناني إن حق الاختيار للمدين مالم يكن ثمة نص مخالف ، والمقصود بالنص هنا الاتفاق (stipulation) كما يفهم من الرجوع إلى الأصل الفرنسي للمادة ٥٦ ، أما نص القانون فن البديهي أنه إذا وجد وجعل الخيار للدائن فإنه يجب اتباعه) .

أن يلزم الشريك بتقديم حصته في الشركة مبلغاً من النقود أو أرضاً أو سيارة أو أسهماً أو سندات أو غير ذلك . وزى من ذلك أن محل الالتزام قد يكون شيئين ، وقد يكون أكثر من شيئين (١) . كذلك يصح أن يكون شيئاً غير معين بالذات

(١) وخيار التمين في الفقه الإسلامي — وهو الذي يقابل التخير في الالتزام التخيري — لا يجوز أن يقع على أكثر من أشياء ثلاثة ، ويلزم فيه ذكر المدة التي يتم فيها الخيار على خلاف في الرأي ، ويكون الخيار إما المشتري أو البائع حسب الشرط . جاء في المبسوط لقرنبي (جزء ١٣ ص ٥٥) : « ولو اشترى ثوبين كل واحد منهما بمشرة دراهم ، حل أنه بالخيار ثلاثة أيام يسلك أيهما شاء . ويرد الآخر ، جاز المقدم عندنا استحساناً . وكذلك هذا في ثلاثة أثواب ، وفيما زاد على الثلاثة العقد فاسد ... وجه الاستحسان أن هذه الجهالة لا تنفي إلى المنازعة لأنه شرط الخيار لنفسه ، وحكم خياره يستند بالتمين ، والجهالة التي لا تنفي إلى المنازعة لا تمنع صحة العقد ... فقد يشتري الإنسان لعياله ثوباً ولا يسميه أن يحمل عياله إلى السوق ولا يرضى البائع بالتسليم إليه ليحملة إلى عياله بغير عقد ، فيحتاج إلى مباشرة العقد بهذه الصفة . وهذه الحاجة مقصورة على الثلاث ، لأن كل نوع يشتمل على أوصاف ثلاثة ، جيد ووسط وودي ، فإذا حل الثلاثة إلى أهله تم المقصود . فأخذنا فيما زاد على ذلك بالقياس لعدم الحاجة فيه .. ثم نص في هذا الموضع على تقدير الخيار بثلاثة أيام ، وهو الصحيح ، لأن هذا خيار ثبت بالشرط فلا بد فيه من إعلام المدة ، وإن أطلق ذلك في غير هذا الموضع . وجاء في البدائع للكاساني (جزء ٥ ص ١٥٧) في خصوص المدة ما يأتي : « وهل يشترط بيان المدة في هذا الخيار ؟ اختلف المشايخ فيه لاختلاف ألفاظ محمد في هذه المسألة في الكتب ، فذكر في الجامع الصغير على أن يأخذ المشتري أيهما شاء . وهو فيه بالخيار ثلاثة أيام ، وذكر في الأصل على أن يأخذ أيهما شاء بألف ولم يذكر مدة الخيار . فقال بعضهم لا يجوز هذا البيع إلا بذكر مدة الخيار الشرط ، وهو ثلاثة أيام فادونها عند أبي حنيفة رحمه الله ، وعندنا الثلاث وما زاد عليها بطل أن يكون معلوماً ، وهو قول الكرخي والطحاوي رحمه الله . وقال بعضهم يصح من غير ذكر المدة . وجه قول الأولين أن المبيع لو كان ثوباً واحداً معينا وشرط فيه الخيار كان بيان المدة شرط للصحة بالإجماع ، فكذا إذا كان واحداً غير معين ، والجامع بينهما أن ترك التوقيت تجهيل لمدة الخيار وأنه مفسد للبيع ... وجه قول الآخرين أن توقيت الخيار في العين إنما كان شرطاً لأن الخيار فيه يمنع ثبوت الحكم للحاجة إلى دفع الثمن بواسطة التأمل فكان في معنى الاستثناء ، فلا بد من التوقيت ليصح استثناء ذلك في الوقت عن ثبوت حكم البيع فيه . وخيار التمين لا يمنع ثبوت الحكم في أحدهما غير عين وإنما يمنع تمين المبيع لا غير ، فلا يشترط له بيان المدة والله سبحانه وتعالى أعلم . والدليل على التفارقة بينهما أن خيار الشرط لا يورث على أصل أصحنا ، وخيار التمين يورث بالإجماع . هذا وكون الخيار يجوز أن يكون للبائع إنما جاء على سبيل الاستحسان ، جاء في فتح القدير للكمال بن الهمام (جزء ٥ ص ١٣١) : « وإذا ظهر أن جواز هذا البيع للحاجة إلى اختيار ما هو الأرفق والأوفق لمن يقع الشيء له حاضراً أو غائباً ، ظهر أنه لا يجوز للبائع ، بل يختص خيار التمين بالمشتري ، لأن البائع لا حاجة له إلى اختيار الأوفق -

كالتقود ، أو عيناً معينة عقاراً أو منقولاً . ويصح أن يجمع التعدد هذه كلها ، فيكون محل الالتزام تقوداً وعقاراً ومنقولاً . بل يصح أن يكون محل الالتزام

= والأرق لأن المبيع كان مع قبل البيع وهو أدنى بما لاه منه ، فإرد جانب البائع إلى القياس ، فلهذا نص في المبرد على أنه لا يجوز في جانب البائع . وذكر الكرخي أنه يجوز استحساناً ، لأنه يبيع يجوز مع خيار المشتري فيجوز مع خيار البائع قياساً على الشرط .

وحكم البيع مع خيار التمين أنه غير لازم لمن له الخيار سواء كان المشتري أو البائع . جاء في البدائع (جزء ٥ ص ٢٦١) في حالة ما إذا كان الخيار للمشتري : « الملك الثابت بهذا البيع قبل الاختيار ملك غير لازم ، والمشتري أن يردهما جميعاً ، لأن خيار التمين يمنع لزوم العقد كخيار البيع وخيار الرؤية ، فيمنع لزوم الملك ، فكان محتملاً ففسخ . وهذا لأن جواز هذا النوع من البيع إنما يثبت بتسامل الناس لما جرتهم إلى ذلك لما بيننا فيما تقدم ، ولا تنعدم حاجتهم إلا بعد الزوم لأنه على لا يوافقه كلاهما جميعاً فيحتاج إلى رددهما . وجاء أيضاً (ص ٢٦٢) في حالة ما إذا كان الخيار للبائع : « والبائع أن يفسخ البيع لأنه غير لازم » .

ويبدو أن خيار التمين يكون مقترناً بخيار الشرط . وهذا ما يملأ أن البيع المقترن بخيار التمين يكون غير لازم على النحو الذي قدمناه ، وعدم لزومه إنما جاء من خيار الشرط المقترن بخيار التمين لا من خيار التمين ذاته . وهذا ما يملأ أيضاً أن خيار التمين ينتقل إلى الورثة ولكن البيع يكون لازماً لهم خلافاً للمورث ، وذلك لأن خيار الشرط المقترن بخيار التمين لا يورث ، فيقطع هذا الخيار عن الورثة ومن ثم يلزمهم البيع ، ويبقى لم خيار التمين وحده دون خيار الشرط . وهذا ما يملأ أخيراً أن الشئين إذا تمييا معاً في يد المشتري وكان له خيار التمين ، فالمشتري أن يأخذ أيهما شاء يشته وليس له أن يرددهما جميعاً ، لأن خيار الشرط المقترن بخيار التمين هو الذي يظل يتعيب الشئين ويبقى خيار التمين على حاله . وفي هذا يقول صاحب البدائع (جزء ٥ ص ٢٦٢) : « ولو تمييا جميعاً ، فإن كان على التمتع تعين الأول لبيع ولزمه عنه ويرد الآخر لما قلنا ، ولا ينرم بمحدث العيب شيئاً لما قلنا إنه أمانة . وإن تمييا معاً لا يمتين أحدهما لبيع لأنه ليس أحدهما بالتعين أول من الآخر ، والمشتري أن يأخذ أيهما شاء يشته ، لأنه إذا لم يمتين أحدهما لبيع بقي المشتري على خياره . إلا أنه ليس له أن يرددهما جميعاً ، لأن البيع قد لازم في أحدهما بتعيبهما في يد المشتري وبطل خيار الشرط ، وهذا يؤيد قول من يقول من المشايخ إن هذا البيع فيه خياران ، خيار التمين وخيار الشرط ، ولا بد له من رتبة معلومة ، إذ لو لم يكن ملك رددهما جميعاً كما لو لم يتعيب أحدهما أصلاً ، ولكنه لم يملك لأن رددهما جميعاً قبل التعيب ثبت حكماً لخيار الشرط ، وقد بطل خيار الشرط بعد تعيبهما معاً فلم يملك رددهما ، ويبقى خيار التمين فيملك رد أحدهما ... ولا يملأ هذا الخيار بموت المشتري بل يورث بخلاف خيار الشرط ، لأن خيار التمين إنما يثبت للمورث لثبوت الملك له في أحدهما غير عين ، وقد قام الوارث مقامه في ذلك الملك فله أن يختار أيهما شاء دون الآخر ، إلا أنه ليس له أن يرددهما جميعاً وقد كان للمورث ذلك . وهذا يؤيد قول أولئك المشايخ إنه لا بد من خيارين في هذا البيع ، وقد بطل أحدهما وهو خيار الشرط بالموت لأنه لا يورث على أصل أصحابنا فبطل الحكم المختص به وهو ولاية رددهما جميعاً » .

عملاً أو امتناعاً عن عمل . ويصح أن يجتمع كل هوالاء
الشريك مثلاً بتقديم حصته للشركة مبلغاً من النقود أو ارضاً أو عملاً يقوم به
لمصلحة الشركة أو امتناعاً عن الاتجار فيما يقوم به الشركة من عمل (١) .
فأى أداء يصلح أن يكون محلاً للالتزام يمكن - إذا اقترنت به أداءات
أخرى من نوعه أو من غير نوعه - أن يكون محلاً للالتزام التخييري . والمهم
هو أن يتعدد هذا المحل ، فلا يقتصر على أداء واحد .

٨٥ - (٢) توافر الشروط في كل من الأداءات المتعددة : ويجب
أن يتوافر في كل أداء من الأداءات المتعددة للالتزام التخييري جميع الشروط
الواجب توافرها في محل الالتزام ، لاحتمال أن يقع الاختيار على أى أداء منها
فيصبح هو المحل الوحيد ، ويكون متوافراً فيه الشروط اللازمة . فيجب أن
يكون كل أداء موجوداً إذا كان شيئاً ، أو ممكناً إذا كان عملاً أو امتناعاً عن
عمل . ويجب أيضاً أن يكون الأداء معيناً أو قابلاً للتعين ، وأن يكون صالحاً
للتعامل فيه ، وأن يكون مالا متقوماً ، وأن يكون التعامل فيه مشروعاً .

فاذا كان الالتزام التخييري محله شيئان فقط ، وكان أحدهما لم تتوافر فيه
الشروط المتقدمة الذكر ، وتوافرت في الشيء الآخر هذه الشروط ، فإن
الالتزام لا يكون له إلا محل واحد هو هذا المحل الذى توافرت فيه الشروط ،
ويكون الالتزام بسيطاً غير تخييري (٢) .

وقد نصت المادة ١١٩٢ من القانون المدني الفرنسى صراحة على هذا

(١) ديرانتون ١١ فقرة ١٣٦ - ماركاديه ٤ فقرة ٥٧٩ - ديمولومب ٢٦ فقرة ٤ -
بودى وبارد ٢ فقرة ١٠٤٢ .

(٢) لكن إذا أراد المتعاقدان أن يخفيا التزاماً غير مشروع تحت ستار التزام تخييري، بأن يتفقا
أصلاً على محل غير مشروع ، ثم يرضا إلى جانبه على طريق التخيير محلاً آخر مشروعاً يكون
المقصود منه أن يصبح جزاء لعدم تنفيذ المحل غير المشروع ، فإن مثل هذا الالتزام لا يكون التزاماً
صحيحاً حتى في محله المشروع ، بل يكون التزاماً باطلاً في المحلين جميعاً (بودى وبارد ٢ فقرة
١٠٤٦ ص ٢٠٧ هامش رقم ٢) .

الحكم إذ نقول : « يكون الالتزام بسيطاً ، ولو عقد في صورة التزام تخيري ، إذا كان أحد الشئين محل الالتزام لا يمكن أن يكون محلاً له (١) » . وتنص المادة ٦١ من قانون الموجبات والعقود اللبناني على الحكم فيما إذا كان شيء واحد من الأشياء المتعددة هو الذي يمكن تنفيذه دون الأشياء الأخرى : فنقول : « إذا كان أحد المواضيع وحده قابلاً للتنفيذ ، فالموجب يكون أو يصح من الموجبات للبسيطة » . والحكم كما نرى ظاهر البداهة ، فلا حاجة للنص عليه ، إذ يمكن استخلاصه في يسر من تطبيق القواعد العامة .

والعبرة ، في معرفة ما إذا كانت الشروط الواجبة متوافرة في الأداءات المتعددة للالتزام التخيري ، تكون بوقت نشوء هذا الالتزام . فان توافرت الشروط في هذا الوقت ، كان الالتزام تخيرياً ، حتى لو أصبحت الأداءات بعد ذلك لا تصلح كلها أو بعضها محلاً للالتزام . وعلى التقيض من ذلك ، إذا لم تتوافر الشروط إلا في أداء منها ، كان الالتزام بسيطاً منذ البداية ومحله هذا الأداء الذي توافرت فيه الشروط ، ولا يتقلب تخيرياً حتى لو أصبحت الأداءات الأخرى بعد ذلك متوافراً فيها الشروط الواجبة (٢) .

٨٦ - (٣) محل وامر من المحال المتعددة هو الواجب الاداء : وإذا

كان للالتزام التخيري محال متعددة (in obligation) ، فان محلاً واحداً منها فقط هو الواجب الأداء (in debitione) ، أو كما تقول المادة ٢٧٥ مدني في صدرها : « تبرأ ذمة المدين براءة تامة إذا أدى واحداً منها » .

وينبني على ذلك أمران : (أولهما) أنه قبل اختيار المحل الواجب الأداء ، يكون كل من المحال المتعددة ممكناً طلبه ، فيقوم التضامن بين هذه المحال على غرار التضامن الذي يقوم بين المدينين المتضامنين . فكما إن كل مدين متضامن

(١) وهذا هو النص في أصله الفرنسي : *L'obligation est pure et simple, quoique contractée d'une manière alternative, si l'une des deux choses ne pouvait être le sujet de l'obligation.*

(٢) ديمولومب ٢٦ فقرة ١٢ - بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٤٦ - وانظر أيضاً المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٨ .

تمكن مطالبته بكل الدين فاذا وفاه انقضى ، كذلك أى محل من المحال المتعددة للالتزام التخييري تمكن المطالبة به فاذا وفى انقضى الالتزام . فالتخير إذن هو ضرب من التضامن ما بين الأشياء شبيه بالتضامن ما بين الأشخاص ، هو تضامن عيني موضوعي (solidarité réelle et objective) إلى جانب تضامن المدينين الشخصي الذاتي (solidarité personnelle et subjective) . والتضامن العيني من شأنه ، كالتضامن الشخصي ، أن يقوى ضمان الدائن ، فاذا أصبح تنفيذ محل من المحال المتعددة للالتزام التخييري مستحيلاً جاز أن ينفذ محل آخر ، فيتسع بذلك مجال التنفيذ ويقوى ضمان الدائن (١) . (والأمر الثاني) أنه بعد اختيار المحل الواجب الأداء يصبح هذا وحده هو محل الالتزام ، ويتقلب الالتزام التخييري عند ذلك التزاماً بسيطاً ليس له إلا محل واحد .

ويستتبع ذلك أن المحال المتعددة للالتزام التخييري تكون في الكثرة الغالبة من الأحوال متعادلة في قيمتها ، ما دام أن تنفيذ أى محل منها يغنى عن تنفيذ المحال الآخر . غير أن هذا ليس بضروري ، فقد تفاوتت قيم المحال إذا تفاوتت شروط أدائها . مثل ذلك أن يلتزم شخص نحو آخر بأن يبيع له الدار بألفين أو الأرض بألف ، فتكون قيمة الأرض نصف قيمة الدار . وقد يعد شخص آخر باقراضه ألفاً بفوائد سعرها ٥/١٠ أو خمسمائة بفوائد سعرها ٦/١٠ . بل قد لا تتفاوت شروط الإداء ومع ذلك تكون القيم متفاوتة ، فقد يكون المبلغ الموعود باقراضه هو ألف أو ألفان على حسب اختيار المدين ويكون سعر الفائدة في الحالتين ٥/١٠ (٢) .

٨٧ - (ب) تمييز الالتزام التخييري عن حالات أخرى تشبه به :

وحق يتم تحديد منطقة الالتزام التخييري في وضوح ، نورد بعض الحالات التي تشبه بالالتزام التخييري وليست إياه . فنستعرض الشرط الجزائي والالتزام

(١) ديمولب ٢٦ فقرة ٨ — بودى وبارد ٢ فقرة ١٠٤٤ — فقرة ١٠٤٥ — بلاغبول وريين وجابولد ٧ فقرة ١٠٤٨ — دي باج ٣ فقرة ٢٧٤ .

(٢) ديرانتون ١١ فقرة ١٣٩ — لاروسبيير ٣ م ١١٨٩ فقرة ٩ — ديمولومب ٢٦ فقرة ٥ — بودى وبارد ٢ فقرة ١٠٤٣ .

(١٠ م — الوسيط)

المعلق على شرط واقف والالتزام بشيء غير معين . أما الالتزام متعدد المحل (obligation conjointe) فقد سبق التمييز بينه وبين الالتزام التخييري . وسينبحث عند الكلام في الالتزام البدلي ما يوجد بينه وبين الالتزام التخييري من فروق .

٨٨ - (١) التمييز بين الالتزام التخييري والشرط الجزائي :

الشرط الجزائي هو تقدير اتفاق التعويض المستحق ، إذا أخل المدين بالالتزام ولم يتم بتنفيذه تفيذاً عينياً . فالشرط الجزائي إذن ليس إلا تعويضاً مستحقاً عن عدم التنفيذ العيني . وهو - ككل تعويض - لا يمكن أن يكون إلى جانب التنفيذ العيني أحد محلي التزام تخييري . ذلك أنه في الالتزام التخييري يمكن للمدين أو للدائن ، بحسب الأحوال ، أن يختار أحد المحلين فيوفيه للطرف الآخر ، ولا يستطيع هذا الطرف الآخر أن يرفض الوفاء . أما في التعويض فالأمر مختلف ، إذ أن المدين لا يستطيع أن يختار التعويض دون التنفيذ العيني ، إذا كان هذا التنفيذ ممكناً وطالب به الدائن . كذلك لا يجوز للدائن أن يختار التعويض دون التنفيذ العيني ، إذا كان التنفيذ العيني ممكناً وعرضه المدين . فالتعويض ليس محلاً لالتزام تخييري ، بل إن له مقوماته الذاتية ، وقد سبق بيان ذلك في الجزء الثاني من الوسيط .

وما يبرز الفرق بين الالتزام التخييري والالتزام المصحوب بشرط جزائي أنه إذا كان الالتزام المصحوب بشرط جزائي قد أصبح تنفيذه العيني مستحيلاً بسبب أجنبي لايد للمدين فيه ، فإن الالتزام ينقضي ولا يكون الشرط الجزائي مستحقاً . أما في الالتزام التخييري ، إذا أصبح تنفيذ أحد محلي هذا الالتزام مستحيلاً بسبب أجنبي ، فسنرى أن المحل الثاني يصبح مستحقاً ، على خلاف الشرط الجزائي . كذلك إذا كان المحل الأصلي للالتزام المصحوب بشرط جزائي لا يصلح أن يكون محلاً لعدم توافر الشروط الواجبة فيه ، فإن الالتزام يسقط ويسقط معه الشرط الجزائي . وهذا بخلاف الالتزام التخييري ، فإنه إذا كان أحد محليه لا يصلح أن يكون محلاً للالتزام أصبح المحل الآخر هو المستحق (١).

٨٩ - (٢) التمييز بين الالتزام التخييري والالتزام المعلق على شرط

واقف : ولا يجوز أن يكفي الالتزام التخييري بأن كلا من محاله المتعددة واجب الأداء معلقاً على شرط اختياره ، وقد كان بعض الفقهاء الفرنسيين يذهبون إلى ذلك (١). ذلك أن الالتزام المعلق على شرط واقف قد علق على أمر غير محقق الحصول ، أما الاختيار في الالتزام التخييري - اختيار محل ما - فهو أمر محقق لا بد من حصوله ، وإذا هو لم يحصل ممن له حق الاختيار بالذات ، فانه لا بد حاصل ممن أقامه القانون مقامه : القاضى فى حالة ما إذا كان الخيار للمدين ، والمدين فى حالة ما إذا كان الخيار للدائن (٢).

وينبنى على ما تقدم أن الالتزام التخييري هو التزام محقق الوجود منذ البداية ، أما الالتزام المعلق على شرط واقف فالإلتزام غير محقق الوجود وهو لن يوجد فعلاً إذا ما تحقق الشرط . وهناك فرق آخر ما بين الإلتزامين ، فانه إذا هلك محل الإلتزام الشرطى بسبب أجنبي قبل تحقق الشرط كانت تبعة الهلاك على المدين كما سبق القول ، أما التبعة فى هلاك أحد محال الإلتزام التخييري فهي على الدائن (٣).

٩٠ - (٣) التمييز بين الإلتزام التخييري والإلتزام بشئ غير معين

بالذات : والإلتزام التخييري ليس التزاماً بشئ غير معين بالذات . فقد يلتزم شخص أن يبيع لآخر مائة أردب من القمح ، ومحل الإلتزام هنا هو شئ غير معين بالذات حتى لو عين البائع المخزن الذى أودع فيه قمحه وذكر أن مائة الأردب ستؤخذ من هذا القمح . كذلك يعتبر التزاماً بشئ غير معين بالذات

(١) أنظر ماركاديه ٤ فقرة ١١٨٩ - كولى دى سانتير ٤ فقرة ١١٥ مكررة - ديمولومب

٢٦ فقرة ٦٣ .

(٢) أنظر المادة ٢٧٦ مدنى ، وسيأتى بيان ذلك . فلا يكون إذن إلتزام أحد محال الإلتزام لتخييري شرطاً ما دام محقق الحصول ، بل هو أجل معين أو غير معين على حسب الأحوال (أنظر قريباً من هذا المعنى بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٥٢) .

(٣) أنظر بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٥٣ .

الالتزام من يبيع فرساً غير معين من خيوله الموجودة بالأصطبل ، أو يبيع بقرة غير معينة من قطع البقر الذى يملكه . فالمبيع فى جميع هذه الأحوال شئ غير معروف يؤخذ من بين أشياء معروفة .

والفرق بين أن يلتزم الشخص باعطاء شئ معين من بين أشياء معينة — وهذا هو الالتزام التخيرى — وبين أن يلتزم باعطاء شئ غير معروف من بين أشياء معروفة ، أن الأشياء محل الالتزام التخيرى هى أشياء معينة بذاتها ، كل شئ منها قد عين تعييناً كافياً حتى لا يختلط بغيره ، وأحد هذه الأشياء المعينة بالذات سيكون محل الالتزام إذا تم اختياره . أما فى الالتزام باعطاء شئ غير معروف من بين أشياء معروفة ، فإن هذه الأشياء المعروفة ليست معينة بذواتها كما هى معينة فى الالتزام التخيرى ، بل هى قد عينت بأنها الخيول التى فى الاصطبل دون أن تعين هذه الخيول فرساً فرساً ، أو هى قطع البقر الذى يملكه البائع دون أن تعين رؤوس هذا القطيع رأساً رأساً (١).

وينبنى على هذا الفرق أمور ثلاثة : (١) فى الالتزام بشئ غير معين بالذات ، إذا فرز فرس من الأصطبل أو بقرة من القطيع بعد إعدار المشتري ، ثم هلك الشئ المفروز ، فإن هلاكه لا يكون على المشتري ، بل يجب فرز فرس آخر أو بقرة أخرى لتسليمها إليه أما إذا اختير أحد محال الالتزام التخيرى ، ولم يتسلمه المشتري بعد إعداره ، فإن الهلاك يكون عليه لا على البائع (٢). (٢) فى الالتزام بشئ غير معين بالذات ، إذا فرز المبيع ، انتقلت ملكيته إلى المشتري من وقت الفرز لامن وقت البيع . أما فى الالتزام التخيرى ، فإنه إذا اختير محل الالتزام ، انتقلت ملكيته من وقت البيع لامن وقت الاختيار ، وسرى أن الاختيار يستند إلى الماضى (٣). (٣) فى الالتزام بشئ غير معين بالذات ، إذا كان أحد الخيول مثلاً هو ملك المشتري ، ولكنه عندما فرز

(١) لارومبيير ٣ م ١١٨٩ فقرة ٨ — ديمولوب ٢٦ فقرة ٣٥ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٥٤ — فقرة ١٠٥٥ .

(٢) قارب بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٦٥ .

(٣) لارومبيير ٣ م ١١٨٩ فقرة ٧ — ديمولوب ٢٦ فقرة ٧ — فقرة ٨ — بودرى . وبارد ٢ فقرة ١٠٥٤ ص ٢١٢ .

ليكون هو الفرس المبيع لم يعد ملكاً له ، فإن البيع يصح . أما في الالتزام التخييري ، إذا باع شخص فرساً من بين عدة خيول معينة بذواتها ، وكان أحدها ملكاً للمشتري ثم لم يعد ملكاً له ، واختير ليكون محلاً للالتزام ، فإن الالتزام لا يصبح لأن هذا المحل لم يكن قد توافرت فيه الشروط الواجبة وقت نشوء الالتزام إذ كان ملكاً للمشتري (١).

§ ٢ - من له خيار التعيين ومصدر هذا الخيار

٩١ - مع له خيار التعيين : رأينا أن العبارة الأخيرة من المادة ٢٧٥ مدني تقول : « ويكون الخيار للمدين ما لم ينص القانون أو يتفق المتعاقدان على غير ذلك » .

فاذا كان هناك التزام تخييري ، ولم يبين الطرفان من له الخيار ولم ينص القانون على ذلك ، فإن الخيار يكون للمدين لا للدائن . وهذا هو الأصل العام ، فإن الاتفاق عند الشك يفسر لمصلحة المدين (٢) .

(١) لارومبيير ٣ م ١١٩٢ فقرة ١ - ديمولوب ٢٦ فقرة ١٢ - بودري وبارد ٢ فقرة ١٠٥٦ . ويقع كثيراً أن تمقد الشركات الكبيرة قروغاً في الأسواق العالمية ، فتصدر سندات وتتمتع بدفع رأس المال والأرباح بعملة مختلفة ، حتى يتبهاً للمقرضين حامل هذه السندات أن يقبضوا حقوقهم كل بعملة بلده ، فهل يعتبر التزام الشركة المقرضة في هذه الحالة التزاماً تخييراً بحاله المتعددة هي هذه العملة المختلفة ؟ انقسم الفقهاء في هذه المسألة : ففريق يذهب إلى أن الالتزام بسيط ، وعمله هو مبلغ من النقود يحسب في كل بلد بعملة ، والدائن هنا هو الذي يختار عملة بلده (بارتان على أوبري ورو ٤ فقرة ٣٠٠ ص ٦٩ وهامش رقم ٣ مكرر - بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ١٣٢٠ - بلانيول وريبير وجابول ٧ فقرة ١٠٥٠) . وفريق آخر يذهب إلى أن الالتزام تخييري إذ هو يقع على عملات مختلفة ، ولكن يستخلص من الظروف أن هناك اتفاقاً ضمنياً على أن يكون الخيار في هذا الالتزام للدائن لا للمدين ، أي لحامل السندات لا للشركة (أنسيكلويدى دالوز ٣ لفظ Obligation فقرة ٤٩ - دي باج ٣ فقرة ٢٧٦) . وسواء أخذ بالرأى الأول أو بالرأى الثاني ، فالنتيجة العملية واحدة ، إذ ينتهي الأمر إلى تفسير نية المتعاقدين وإعطاء الخيار للدائن ، وإنما يختلف الرأيان في التصور الفني للالتزام . (٢) بودري وبارد ٢ فقرة ١٠٥٨ . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا كان هناك خيار في دفع الثمن فوراً مع خصم معين أو دفعه إلى أجل ، فالخيار يكون للمدين لا للدائن ، ولا يجوز للدائن أو الوسيط أن يجبر المدين على الدفع فوراً (استئناف مختلط ٢٠ مايو سنة ١٩٢٥ م ٢٧ ص ٤٣٩) .

ولكن يجوز أن يتفق الطرفان على أن يكون الخيار للدائن لا للمدين ، وهذا يقتضى اتفاقاً خاصاً فلا يصح افتراضه . على أن هذا الاتفاق قد يكون صريحاً أو ضمناً ، فلا يشترط التقنين المدني المصرى الاتفاق الصريح (١) .

كذلك يجوز ، إذا كان مصدر الخيار هو نص في القانون ، أن يجعل النص الخيار للدائن لا للمدين . وقد فعل القانون ذلك عندما نصت الفقرة الثانية من المادة ٢٧٣ مدني على أنه إذا أضعف المدين بفعله تأميناً خاصاً ، فللدائن الخيار بين أن يطالب باستيفاء حقه قبل حلول أجله أو أن يطالب بتكاملة التأمين (٢) . ففي هذا الالتزام التخييري ينص القانون على أن الخيار للدائن .

ومنى كان الخيار للمدين فانه يستطيع أن يعرض الوفاء بالحل الذى يختاره من محال الالتزام المتعددة ، ويكون عرضه صحيحاً . أما إذا كان الخيار للدائن فلا يستطيع المدين أن يعرض ما يختاره هو ، بل يجب عليه أن يعرض الوفاء بأى محل يختاره الدائن (٣) .

ولا نرى ما يمنع من أن يتفق الطرفان على أن يكون الخيار لأجنبي ، ويكون الأجنبي في هذه الحالة إما خبيراً فنياً يستشير به أحد الطرفين فيكون الخيار في الحقيقة لهذا الطرف يستعمله بعد استشارة الخبير ، أو يكون الأجنبي غير منتم لأحد من الطرفين فيقرب من أن يكون حكماً بينهما يتفقان عليه عندما لا يستطيعان الاتفاق على أن يكون الخيار لأحد منهما . ويساعد على تقرير هذا الحكم أن نص التقنين المدني المصرى لا يقول — كما تقول المادة ١١٩٠ من التقنين المدني الفرنسى — إن الخيار للمدين ما لم يتفق المتعاقدان على أن يكون الخيار للدائن ، بل تقول إن الخيار للمدين ما لم يتفق المتعاقدان على غير ذلك (٤) .

(١) أما التقنين المدني الفرنسى فقد نص في المادة ١١٩٠ على أن يكون الاتفاق صريحاً ، وبالرغم من ذلك يذهب بعض الفقهاء إلى جواز أن يكون الاتفاق ضمناً (بيدان ولا جارد ٨ فقرة ٨٠١ — أنيكوليدى دالوز لفظ Obligation فقرة ٥٥ — دى باج ٣ فقرة ٢٧٨) .
(٢) أنظر أيضاً المادة ١٠٤٨ فقرة أول مدني .

(٣) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٦٠ — فقرة ١٠٦١ .

(٤) أنظر في إمكان أن يكون الخيار الغير في القانون المدني العراق الأستاذ حسن اللغون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراق فقرة ١٧٧ .

٩٢ - مصدر الخيار : ويمكن أن نستخلص مما تقدم أن مصدر خيار التعيين إما أن يكون الاتفاق كما هو الغالب ، وإما أن يكون نصاً في القانون .

ففي الكثرة الغالبة من الأحوال يكون مصدر الالتزام التخييري العقد أو التصرف القانوني بوجه عام ، فيلتزم المدين بإرادته أن يؤدي للدائن شيئاً من أشياء متعددة . وعند ذلك يتكفل الاتفاق أو التصرف القانوني بتعيين من له الخيار ، المدين أو الدائن ، فإذا سكت عن هذا التعيين كان الخيار للمدين كما قدمنا .

وقد يكون مصدر الالتزام التخييري نصاً في القانون . وقد رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ٢٧٣ مدني تنص على سقوط الأجل إذا كان المدين قد أضعف بفعله إلى حد كبير ما أعطى الدائن من تأمين خاص ، ولو كان هذا التأمين قد أعطى بعقد لاحق أو بموجب القانون ، هذا ما لم يؤثر الدائن أن يطالب بتكاملة التأمين . أما إذا كان إضعاف التأمين يرجع إلى سبب لادخل لإرادة المدين فيه ، فإن الأجل يسقط ما لم يقدم المدين للدائن ضماناً كافياً (١) . ورأينا أن الفقرتين الأولى والثانية من المادة ١٠٤٨ مدني تطبقان هذه الأحكام على الرهن الرسمي فتتصان على أنه ١ - إذا تسبب الراهن بخطئه في هلاك العقار المرهون أو تلفه ، كان الدائن المرتهن مخيراً بين أن يقتضى تأميناً كافياً أو أن يستوفى حقه فوراً . ٢ - فإذا كان الهلاك أو التلف قد نشأ عن سبب أجنبي ولم يقبل الدائن بقاء الدين بلا تأمين ، كان المدين مخيراً بين أن يقدم تأميناً كافياً أو أن يوفى الدين فوراً قبل حلول الأجل (٢) . ونرى من ذلك أن هذه النصوص تنشئ التزامين تخييريين : (١) الالتزام الأول هو التزام المدين الذي أضعف بفعله ما أعطى الدائن من تأمين خاص ، فيلتزم إما بدفع الدين فوراً أو بتكاملة التأمين ، والخيار هنا للدائن بنص

(١) انظر المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٧ -

ص ٣٨ .

(٢) انظر أيضاً المادة ١١٠٢ فقرة ثانية مدني في رهن الحيازة .

القانون . (٢) والالتزام الثاني هو التزام المدين ، إذا كان إضعاف التأمين يرجع إلى سبب أجنبي ، يدفع الدين فوراً أو بتقديم تأمين كاف ، والخيار هنا للمدين بنص القانون كذلك (١) . وقد تقدم بيان هذا عند الكلام في الأجل (٢) .

(١) أنظر الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ١٩٥ — وقارن ، فيما يتعلق بالتزام المدين بدفع الدين فوراً أو بتقديم تأمين إذا كان إضعاف التأمين يرجع إلى سبب أجنبي ، المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٧ و ص ٣١ ، حيث تفيد أن هذا الالتزام التزام بدلى ، والصحيح أنه التزام تخييرى كتنظيمه الذى يذشأ إذا كان إضعاف التأمين راجعاً إلى خطأ المدين ، ولكن الخيار فى الالتزام الأول للمدين ، وهو فى الالتزام الثانى للدائن .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٧٣ .

ومثل الالتزام التخيرى الذى مصدره القانون أيضاً ما قضت به المادة ٢٧٤ مدنى من أن المدين ، إذا غشى الدائن إفلاسه أو إصاره واستند فى ذلك إلى سبب معقول ، يغير بين وفاة الدين فوراً أو تقديم تأمين (أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٧ — ص ٢٨) . وانظر أمثلة أخرى للالتزام التخيرى الذى مصدره القانون فى نص المادة ٤٢٥ مدنى (الثفن فى البيع ، وتقابلها المادة ١٦٨١ من التقنين الفرنسى وهذه تنشئ التزاماً بدلياً لا التزاماً تخييرياً) ، وفى نص المادة ١١٩ من التقنين التجارى (عدم قبول الكيالة ، وتقابلها المادة ١٢٠ من التقنين التجارى الفرنسى وتنشئ التزاماً بدلياً لا التزاماً تخييرياً) .

وقضت المادة ٩٢٤ مدنى بأن من يقيم منشآت على أرض غيره وهو يعلم أن الأرض ليست ملكه ، ويطلب صاحب الأرض استبقاء المنشآت ، فإن له أن يستبقها مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة أو دفع مبلغ يساوى ما زاد فى ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت . فقد يقال أن فى ذمة صاحب الأرض التزاماً تخييرياً ، إما يدفع قيمة المنشآت مستحقة الإزالة ، أو يدفع ما زاد فى ثمن الأرض . ولكن لما كان صاحب الأرض سيختار دون شك أقل هاتين القيمتين ، فالظاهر أن الالتزام هنا يعتبر التزاماً بسيطاً له محل واحد هو أقل القيمتين (أنظر بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٤٣) . ومثل هذا يقال فيما تقضى به المادة ٩٢٥ مدنى ، فى حالة ما إذا كان من أقام المنشآت على أرض غيره حسن النية ، من أن صاحب الأرض له أن يستبقى المنشآت ، ويغير بين أن يدفع قيمة المواد وأجرة العمل ، أو أن يدفع مبلغاً يساوى ما زاد فى ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت — وفيما تقضى به بوجه عام المادة ١٧٩ مدنى ، من أن المثرى على حساب غيره يلتزم بدفع أقل القيمتين ، قيمة ما أثرى به وقيمة ما افتقر به الدائن .

الفرع الثانى

أحكام الالتزام التخييرى

٩٣ - تعيين المحل الواجب الأداء وتحمل التبعة : يثير الالتزام التخييرى من ناحية ما يجب أن يسرى عليه من أحكام ، مسألتين : (١) كيف يتم تعيين المحل الواجب الأداء من بين المحال المتعددة للالتزام . (٢) ماذا يكون الحكم لو أن بعض هذه المحال أو كلها هلك قبل أن يتم اختيار المحل الواجب الأداء .

فتكلم إذن فى تعيين المحل الواجب الأداء وفى أحكام الملاك .

§ ١ - تعيين المحل الواجب الأداء

٩٤ - النصوص القانونية : تنص المادة ٢٧٦ من القانون المدنى

على ما يأتى :

« ١ - إذا كان الخيار للمدين وامتنع عن الاختيار ، أو تعدد المدينون ولم يتفقوا فيما بينهم ، جاز للدائن أن يطلب من القاضى تعيين أجل يختار فيه المدين أو يتفق فيه المدينون ، فإذا لم يتم ذلك تولى القاضى بنفسه تعيين محل الالتزام » .

« ٢ - أما إذا كان الخيار للدائن وامتنع عن الاختيار ، أو تعدد الدائنون ولم يتفقوا فيما بينهم ، عين القاضى أجلا إن طلب المدين ذلك ، فإذا انقضى الأجل انتقل الخيار إلى المدين (١) » .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٤٠٠ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى :

« إذا كان الخيار للمدين وامتنع عن الاختيار ، جاز للدائن أن يطلب من القاضى تحديد أجل للمدين يختار فيه ، حتى إذا لم يفعل تولى القاضى بنفسه تعيين محل الالتزام . ٢ - أما إذا كان الخيار للدائن وامتنع عن الاختيار ، حدد القاضى له أجلا إن طلب المدين ذلك ، فإذا انقضى الأجل انتقل الخيار إلى المدين » . وفى لجنة المراجعة عدلت المادة ، بناء على طلب محكمة مصر ، النص على حالة تمدد المدينين أو تعدد الدائنين ولم يتفقوا على الاختيار ، وأصبح النص يحد -

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق (١).

وبقابل هذا النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في المدني التقنين السوري المادة ٢٧٦ ، وفي التقنين المدني الليبي المادة ٢٦٣ ، وفي التقنين المدني العراقي المادتين ٢٩٩-٣٠٠ ، وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المواد ٥٧ - ٦٠ و ٦٤ - ٦٥ (٢).

= التعديل مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد، وأصبحت المادة رقها ٢٨٨ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل ، وكذلك مجلس الشيوخ تحت رقم ٢٧٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٠ و ص ٤٢) .

(١) لم يكن التقنين المدني السابق يشتمل على نص يبين الحكم فيما إذا رفض من له الخيار ، مديناً كان أو دائناً ، لإعمال حق خياره ، أو كان من لم الخيار متددين ولم يتفقوا على أمر واحد . لذلك كان الحكم موكولاً إلى تطبيق القواعد العامة ، وتقضى هذه بأن يوكل أمر التمييز إلى القضاء . وقد ورد في الموجز المؤلف (ص ٥٠٢) في هذا الصدد ما يأتي : « فإذا انقضت مدة الخيار دون أن يستعمله صاحبه ، جاز للطرف الآخر أن يرفع الأمر إلى القضاء ، فيجبر من له حق الخيار على استعماله أو يقوم القضاء مكانه في ذلك » . أنظر أيضاً : والتون ٢ ص ٣٧٦ - الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٦٩٣ - بودري وبارد ٢ فقرة ١٠٧١ - فقرة ١٧٠٣ - استئناف مختلط ٢٧ مارس سنة ١٩٠٧ م ١٩٣ ص ١٨٣ .

أما التقنين المدني الجديد فيقضى بهذا الحل ، كما رأينا ، في حالة ما إذا كان الخيار للمدين ولم يختار أو تمدد المدينون ولم يتفقوا فيما بينهم . أما إذا كان الخيار للدائن ولم يختار أو تعدد الدائنون ولم يتفقوا فيما بينهم ، فإن التقنين المدني الجديد يقضى بأن ينتقل الخيار في هذه الحالة إلى المدين . وانتقال الخيار إلى المدين يقضى نصاً خاصاً ، ومن ثم يكون هذا الحكم مستحدثاً فلا يبرى إلا على الالتزامات التخيرية التي نشأت منذ ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ .

ويقضى التقنين المدني الألماني (م ٢٦٤) بأنه إذا لم يستعمل صاحب الخيار - دائناً كان أو مديناً - حقه في الخيار ، انتقل الخيار إلى الطرف الآخر .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢٧٦ (مطابقة المادة ٢٧٦

من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٢٦٣ (مطابقة المادة ٢٧٦ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٢٩٩ : ١ - يلزم في خيار التمييز تحديد المدة التي يكون فيها الخيار .

٢ - فإذا كان الخيار للمدين وامتنع عن الاختيار في المدة المحددة ، جاز للدائن أن يطلب من المحكمة أن تتول بتضها تعيين محل الالتزام . أما إذا كان الخيار للدائن وامتنع عن الاختيار انتقل الخيار إلى المدين .

م ٣٠٠ : خيار التمييز ينتقل إلى الوارث .

(والتقنين المدني العراقي يتفق في أحكامه مع أحكام التقنين المدني المصري، غير أن التقنين -

المراق لم يورد الحكم فيما إذا كان من لم حق الخيار متعددين ولم يتفقوا فيما بينهم، والظاهر أن الحكم الذي أورده التقنين المصري هو الذي يسرى في هذه الحالة . كذلك نص التقنين المراق صراحة على أن خيار التقنين ينتقل إلى الوارث ، وهذا هو حكم الفقه الإسلامي ، وهو حكم يتفق مع تطبيق القواعد العامة في مصر — أنظر في القانون المدني المراق الأستاذ حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني المراق فقرة ١٦٧ — فقرة (١٧١) .

تقنين الواجبات والمقود البناني : م ٥٧ — يتم الاختيار بمجرد إخبار الفريق الآخر ، وعندما يتم بعد الشيء المختار كأنه موضوع الموجب في الأصل .

م ٥٨ — أما إذا كان للموجب مواضيع اختيارية تستحق الاداء في آجال موقوته (*prestations périodiques portant sur des objets alternatifs*) ، فإن اختيار أحدهما في أجل لا يمنع صاحب الحق من اختيار غيره في أجل آخر ، إذا كان لا يتحصل العكس من العكس الأساسي أو المادة المألوفة أو ما يرجح أنه مشيئة الطرفين .

م ٥٩ — إذا توفى الفريق الذي له حق الاختيار قبل أن يختار فإن حقه ينتقل إلى ورثته ، وإذا أعلن عجزه (*si elle tombe en état d'insolvabilité déclarée*) يصبح حق الاختيار لجماعة الدائنين (*masse des créanciers*) . وإذا لم يتفق الوارثون أو الدائنون ، كان للفريق الآخر أن يطلب تحديد مهلة لم حتى إذا انقضت أصبح حق الاختيار لهذا الفريق .

م ٦٠ — تبدأ ذمة المدينين بأداء أحد الأشياء الموعود بها ، لكنه لا يستطيع إجبار الدائن على قبول جزء من هذا الشيء وجزء من ذلك . ولا يحق للدائن أن يطلب إلا أداء أحد الأشياء برمته ، ولا يستطيع إجبار المدين على التنفيذ بأداء جزء من هذا وجزء من ذلك .

م ٦٤ — إذا امتنع المدين عن الاختيار ، أو كان ثمة مدينون لم يتفقوا على الاختيار ، حق للدائن أن يطلب من القاضي تحديده مهلة لم وتعين الشيء الذي يجب أدائه إذا لم يختاروا في خلال هذه المهلة .

م ٦٥ — إذا كان الاختيار من حق الدائن وكان متأخراً عنه ، حق للفريق الآخر أن يطلب تمين مهلة كافية للدائن ليتمكن من الجزم في الأمر ، فإذا انقضت المهلة قبل وقوع اختياره أصبح هذا الحق للمدين .

(وهذه النصوص وما تشتمل عليه من تفصيلات تتفق في مجموعها مع أحكام التقنين المصري ، بعضها نص عليه هذا التقنين ، وبعضها لا حاجة فيه إلى النص إذ يمكن استخلاصه من تطبيق القواعد العامة . لكن يلاحظ على نصوص التقنين البناني أمران : (١) قيام تعارض بين المادة ٥٩ وتقضى بأنه في حالة عدم اتفاق ورثة المدين أو دائنيه على اختيار محل الالتزام ينتقل حق الخيار للدائن ، وبين المادة ٦٤ وتقضى بأنه في حالة رفض المدين اختيار محل الالتزام أو عدم اتفاق المدينين المتصلين على اختياره يتولى القاضي تعيينه . (٢) تقضى المادة ٥٩ بأنه إذا شمر إحصاء الطرف الذي له حق الاختيار ، فإن حقه في الاختيار ينتقل إلى جماعة الدائنين (*masse des créanciers*) . وغني عن البيان أن هذا إذا أمكن تصوره في الإفلاس حيث تندمج جماعة الدائنين في اتحاد (*masse*) يمثلها السنديك ، فانه لا يمكن تصوره في الإعسار إذ الدائنون لا يتحدون في اتحاد ولا يمثلهم سنديك . ولكن التقنين البناني صريح في أن حق الاختيار في حالة الإعسار يكون لجماعة الدائنين ، فيجب التسليم بأن هذا الحق ينتقل إليهم جميعاً ، فإن لم يتفقوا بعد تحديد مهلة لم انتقل الحق إلى الطرف الآخر كما تذكر المادة ٥٩) .

فأمامنا إذن حالتان : حالة ما إذا كان الخيار للمدين وحالة ما إذا كان الخيار للدائن . وسواء كان الخيار للمدين أو للدائن ، فإن التعيين متى تم يستند إلى الماضي ، فيعتبر الالتزام التخييري منذ البداية التزاما بسيطا ذا محل واحد هو المحل الذى تم اختياره . فتتكلم فى كل من هذه المسائل الثلاث .

٩٥ - النصيب إذا كان الخيار للمدين : إذا كان الخيار للمدين ، فانه يستعمل خياره ، وفقاً للقواعد العامة ، باعلان إرادته فى أنه اختار محلاً معيناً من المحال المتعددة لالتزامه التخييري . وهذه الإرادة تعتبر تصرفاً قانونياً من جانب واحد ، وهى ككل إرادة لا تحدث أثرها إلا إذا وصلت إلى علم الدائن (م ٩١ مدنى) . وقبل وصولها إلى علم الدائن يستطيع المدين أن يعدل عنها إلى إرادة أخرى يختار بها محلاً آخر ، بشرط أن تصل هذه الإرادة الأخرى إلى علم الدائن قبل وصول الإرادة الأولى . وكل هذا إنما هو تطبيق للقواعد العامة (١) . كذلك يستطيع المدين أن يكشف عن إرادته فى تعيين المحل الواجب الأداء فى عن طريق التنفيذ . فهو متى عمد إلى تنفيذ محل من المحال المتعددة لالتزامه التخييري ، اعتبر هذا التنفيذ - ولو كان تنفيذاً جزئياً - بمثابة إعلان عن إرادته الاختيار . ويتعين على هذا النحو المحل الواجب الأداء ، ولا يجوز عندئذ للمدين إلا أن يمتنع فى التنفيذ ما دام قد بدأه ، ولا يستطيع العدول عن تنفيذ محل إلى تنفيذ محل آخر . وكالتنفيذ الفعلى للعرض الحقيقى ، فإذا عرض المدين على الدائن عرضاً حقيقياً ، وفقاً للإجراءات المقررة . أحد محال الالتزام التخييري ، اعتبر هذا العرض إعمالاً لحق الخيار . وحتى لو رجع المدين فى العرض ، بقى التعيين قائماً ، باعتبار أن العرض قد تضمن التعيين النهائى لمحل الالتزام (٢) .

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٣٨ - ص ٣٩ . ولا محل للبحث فيما إذا كان يجوز لدائن المدين استعمال حقه فى الخيار إذا امتنع هو عن استماله ، فالقانون يقضى بأن القاضى فى هذه الحالة يتولى الاختيار بنفسه . ولكن يجوز لدائن المدين أن يطمئنوا بالدعوى البولصية فى اختيار المدين - والاختيار تصرف قانونى مقرر - إذا نواط مع الدائن إضراراً بحقوقهم وتوافرت شروط الدعوى البولصية الأخرى .

(٢) أنظر عكس ذلك بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٧٩ . ذلك أن الفقه الفرنسى يذهب إلى أن المدين لا يستطيع استعمال خياره إلا عن طريق تنفيذ أحد محال الالتزام ، ولا يمكن أن يعلن =

- إرادته في الاختيار دون أن يسلم إلى الدائن ما اختاره، حتى لا تنتقل تبعة الهلاك إلى الدائن بمجرد إعلان المدين إرادته في اختيار محل الالتزام ، فإن تبعة الهلاك فيما يجب نقل ملكيته ، في القانون الفرنسى ، تكون على الدائن حتى قبل التسليم متى انتقلت إليه الملكية . والفقه الفرنسى ، في مذهبه هذا ، يعتبر أن التخيير في الالتزام التخييرى يتلوى على ضرب من التخيير الدائن يتوق به أن يحمل تبعة هلاك الشيء ، فينبغي أن يؤذى هذا الضمان ثمرته ، ولا تنتقل تبعة الهلاك إلى الدائن إلا إذا سلم فعلا الشيء الواجب الأداء . ومن ثم لا يستطيع المدين أن يصمم اختياره لهذا الشيء إلا عن طريق التنفيذ الفعلى ، بأن يسلم الدائن الشيء الذى وقع عليه اختياره (لارومبيير ٣ م ١١٩٠ - فقرة ٣ - ديمولومب ٢٦ فقرة ٤٨ - كوليو دى سانتير ٥ فقرة ١٢٤ - بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٦٢ - بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٤٩ - بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٨٠١ ص ٥٨٨ - دى باج ٣ فقرة ٢٧٩ - فقرة ٢٨٠ - عكس ذلك : هيك ٧ فقرة ٢٩١ - لوران ١٧ فقرة ٢٢٢) . وغنى عن البيان أن هذه الاعتبارات لا تقوم في القانون المصرى ، فتبعة الهلاك قبل التسليم لا تنتقل إلى الدائن عندئذ حتى لو انتقلت إليه ملكية الشيء . فالقول بأن المدين يستطيع أن يختار بإعلان إرادته وقبل التسليم ليس من شأنه ، في القانون المصرى ، أن ينقل تبعة الهلاك إلى الدائن ، بل تبقى التبعة على المدين حتى يتم التسليم . ومن ثم لا يوجد محطوف في القانون المصرى ، كما وجد في القانون الفرنسى ، من القول بأن المدين يستطيع أن يجعل الخيار عن طريق إعلان إرادته ، فلا تزال تبعة الهلاك بعد ذلك عليه ، وهذا يتوافر للدائن الضمان المنشود من الالتزام التخييرى ، هذا إلى أن القول بإمكان استهال الخيار عن طريق إعلان المدين لإرادته هو الذى يتفق مع القواعد العامة ، وقد أخذ به التفتين المدف الألمان (م ٢٦٣) والتفتين المدف الأسبانول (م ١١٣٣) . ويشير بودرى وبارد في هذه المناسبة مسألة تعيين المحل في الالتزام بشئ غير معين بالذات (*obligation de genre*) ، فهل يتمين بالفرز وتنتقل الملكية من هذا الوقت ومعهما تبعة الهلاك (في القانون الفرنسى) إلى الدائن ، أو لا يتمين المحل إلا بالتسليم فلا تنتقل الملكية وتبعة الهلاك إلا من ذلك الوقت ؟ فالقائلون بأن المحل يتمين بالفرز يسلّمون بأن الالتزام يتحول قبل تنفيذه إلى التزام بشئ معين بالذات ، والقائلون بأن المحل يتمين بالتسليم يأبون أن يتحول الالتزام ما دام قائماً عن طبيعته فيصبح التزاماً بشئ معين بالذات (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٦٦ - ويذهب إهرنج : أعمال مختارة ١ ص ١٤١ - إلى أن المحل لا يتمين إلا بالتسليم . ولكن الفقهاء الألمان بعد إهرنج ذهبوا إلى أن الفرز هو الذى يمين المحل ولو تم قبل التسليم : بودرى وبارد ٢ ص ٢١٨ هامش رقم ٣) . ومهما يكن من أمر فإن مسألة تعيين محل الالتزام بشئ غير معين بالذات غير مسألة تعيين محل الالتزام التخييرى ، ولا يتحتم أن تقاس المسألة الثانية على المسألة الأولى . فقد يصح أن يقال إن الالتزام بشئ غير معين بالذات يبق على طبيعته ما دام التزاماً قائماً ، أما الالتزام التخييرى فلا يوجد مانع من وقوعه على محل معين بالذات ، فلو كان هذا المحل المعين بالذات هو الذى وقع عليه الاختيار ، لم يكن من شأن هذا التعيين أن يقلب طبيعة الالتزام ، فالالتزام منذ البداية محله معين بالذات . على أن إهرنج ، وهو القائل بوجود التسليم لتعيين محل الالتزام بشئ غير معين بالذات ، يقول في الوقت نفسه إن إعلان المدين إرادته يكتفى لتعيين محل الالتزام التخييرى (أنظر بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٦٦ ص ٢٢٠ - ص ٢٢١) .

ويغلب أن يحدد الطرفان ميعاداً يستعمل في خلاله الخيار . بل إن التقنين المدني العراقي يوجب تحديد ميعاد ، فان الفقرة الأولى من المادة ٢٩٩ من هذا التقنين تنص على أنه « يلزم في خيار التعيين تحديد المدة التي يكون فيها الخيار » . فاذا حدد ميعاد ، وجب أن يعلن المدين اختياره فيه ، فاذا انقضى الميعاد دون أن يعلن المدين اختياره ، تولى القاضي الاختيار على النحو الذي سنبينه . أما إذا لم يحدد ميعاد للاختيار ، فيكون للدائن ، إذا لم يعمل المدين حق خياره في وقت معقول (١) ، أن يلجأ إلى القاضي ليحدد أجلاً للمدين يختار فيه ، بحيث إذا انقضى هذا الأجل ولم يختار المدين ، تولى القاضي الاختيار بنفسه كما سيأتي .

وعلى أية صورة أعمل المدين حق الخيار ، فان خياره يجب أن يقع على واحد من المحال المتعددة لالتزامه التخييري ، ولا يجوز أن يعدوها جميعاً إلى شيء آخر . ويجب ، إلى ذلك ، أن يختار واحداً بأكمله من هذه المحال ، فلا يجوز أن يختار جزءاً من أحدها وجزءاً من محل آخر ، فان هذا التلقيق تأباه طبيعة الالتزام التخييري . وقد نص التقنين المدني الفرنسي على هذا الحكم ، إذ تقول المادة ١١٩٩ من هذا التقنين : « يستطيع المدين الوفاء بالتزامه بتسليمه أحد الشيئين المتعهد بهما ، ولكنه لا يستطيع إجبار الدائن أن يتسلم جزءاً من أحد هذين الشيئين وجزءاً من الشيء الآخر » (٢) . وهذا الحكم بدیهي ، ويمكن استخلاصه من تطبيق القواعد العامة دون حاجة إلى نص (٣) .

وإذا كان الالتزام التخييري التزاماً زمنياً أو التزاماً ينفذ في آجال دورية ،

(١) الموجز المؤلف فقرة ٤٩٥ ص ٥٠٢ الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٦٩٣ .
(٢) وهذا هو النص في أصله الفرنسي : *Le débiteur peut se libérer : art. 1199 : en délivrant l'une des deux choses promises, mais il ne peut pas forcer le créancier à recevoir une partie de l'une et une partie de l'autre.*

وأنظر أيضاً المادة ٦٠ من تقنين الموجبات والمقود الباقى .

(٣) وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ما يأتي : « وقد عني التقنين البولوني بتقرير حكم آخر .. فنص في الفقرة التالية من المادة ٢٢ على أنه لا يجوز للدائن أو المدين أن يقتصر على الوفاء بشق من أحد محل التخيير وشق من المحل الآخر : أنظر كذلك المادة ١١٩١ من التقنين الفرنسي والمادة ٦٠ من التقنين اللبناني والمادة ١٢١ من المشروع الفرنسي الإيطالى والمادة ٥٦/٦ من التقنين التونسي والمراكشى والمادة ١١٧٧ من التقنين الإيطالى » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٨) .

كما إذا تمهد مورد الأغذية أن يورد أغذية لإحدى المدارس أو لأحد المستشفيات في مواعيد دورية ، على أن يترك له الخيار في توريد صنف أو أكثر من أصناف متعددة من الأغذية ، فانه يجوز للمورد أن يختار أصنافاً معينة في أجل من هذه الآجال الدورية ، ثم يختار أصنافاً أخرى غير الأصناف التي اختارها أولاً في أجل آخر ، وهذا ما لم يتبين من إرادة الطرفين أو من ظروف التعاقد أنه متى اختار صنفًا معيناً في أجلٍ تقيد به في الآجال التالية . وهذا الحكم أيضاً يديهي يمكن استخلاصه دون نص من تطبيق القواعد العامة ، وقد نص عليه صراحة تقنين الموجبات والعقود اللبناني (١).

وإذا مات المدين قبل أن يعمل خياره ، انتقل حق الخيار إلى الورثة ، وليس في هذا إلا تطبيق للقواعد العامة (٢). وقد نص على هذا الحكم صراحة كل من التقنين المدني العراقي (م ٣٠٠) وتقنين الموجبات والعقود اللبناني (م ٥٩) . وإذا تعدد المدينون ، سواء عن طريق تعدد الورثة أو بأن كان المدينون في الأصل متعددين ، وجب أن يتفق الجميع على اختيار أحد محال الالتزام التخيري . فإذا لم يتفقوا ، اعتبروا في حكم המתعنين عن أعمال حق الخيار .

وحكم امتناع المدين عن أعمال حق الخيار هو ما قرره العبارة الأخيرة من الفقرة الأولى من المادة ٢٧٦ مدني (٣): أن يتولى القاضي بنفسه تعيين محل الالتزام فالدائن يطلب إلى القاضي أولاً تعيين أجل يختار فيه المدين أو يتفق فيه المدينون إذا تعددوا أصلاً أو تعددت الورثة . فإذا انقضى هذا الأجل دون أن يختار المدين أو دون أن يتفق المدينون أو الورثة ، تولى القاضي بنفسه اختيار المحل الواجب الأداء ، مسترشداً في ذلك بإرادة الطرفين المشتركة ، وبخاصة إرادة المدين إذا

(١) أنظر المادة ٥٨ من هذا التقنين . وأنظر : تولى ٦ فقرة ٦٩٣ - ديهولومب ٢٩ فقرة ٥٢ - لوران ١٧ فقرة ٢٤٤ - هيك ٧ فقرة ٢٩١ - أوبري ورو ٤ فقرة ٣٠٠ ص ٧٠ - بودوي وبارد ٢ فقرة ١٠٨٠ - وقارن ديرانتون ١١ فقرة ١٤١ .

(٢) وقد رأينا أن خيار التعيين في الفقه الإسلامي ينتقل إلى الورثة بعد موت المدين (أنظر آنفاً فقرة ٨٤ في الهامش) .

(٣) أنظر أيضاً المادة ٦٤ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني ، وقارن المادة ٥٩ من نفس التقنين .

كان يستطيع وحده أن يفرد بالاختيار ولم يفعل ، ومسترشداً أيضاً بظروف التعاقد وبغير ذلك من الملابسات . ولا ينتقل الخيار هنا إلى الدائن ، حتى لا يوضع المدين تحت رحمة (١). وهذا بخلاف ما إذا كان الخيار للدائن وأبى أن يعمل حقه فيه ، فسرى أن الخيار في هذه الحالة ينتقل إلى المدين ، إذ يفتر من تحكم المدين ما لا يفتر من تحكم الدائن (٢).

٩٦ - التعيين إذا كانه الخيار للرئيس : وما قدمناه من الأحكام

فما إذا كان الخيار للمدين يسرى ، فيما عدا مسائل قليلة ، على الحالة التي يكون فيها الخيار للدائن ، إذا كان مشترياً مثلاً ، واحتفظ لنفسه بحق اختيار شيء اشتراه من بين عدة أشياء ، بأن تكون هذه الأشياء من أصناف أو أحجام أو

(١) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٧١ - فقرة ١٠٧٣ - والتون ٢ ص ٣٧٦ - الموجز للمؤلف فقرة ٤٩٥ ص ٥٠٢ - ويرى بيدان ولاجارد (جزء ٨ فقرة ٨٠١ ص ٥٨٨) أنه في حالة تعدد الورثة يؤخذ أولاً بأغلبية الآراء ، فإن لم توجد أغلبية تولي القاضى التعين . ويقضى التقنين المدنى الألمانى (م ٢٦٤) كما رأينا بأن الخيار ينتقل إلى الدائن .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في خصوص نص المادة ٢٧٦ مدنى ما يأتى : * يتناول هذا النص حكم امتناع من يمهّد إليه بالاختيار عن استعمال حقه . فإذا كان الخيار للمدين وامتنع عن الإفصاح عن رأيه ، ضرب له القاضى أجلاً يختار فيه . ولقاضى أن يعين في الحكم نفسه ما يلزم المدين بالوفاء به من بين ما يرد للتخير عليه ، فيما لو امتنع المدين عن الاختيار في هذا الأجل . وقد يعترض بأن القاضى في هذا الوضع يخرج عن حدود المألوف في وظيفته ، ويقم نفسه مقام المدين في تنفيذ التزامه . بيد أن مثل هذا الاعتراض غير ظاهر الوجهة ، فقد تقدم أن القاضى يتدخل في تنفيذ العقود ، بل وفي تكوين بعضها ، إذا اقتضت ذلك ضرورة قاهرة أو ملحة . والحق أن تدخل القاضى في هذه الحالة بخصوصها حتم لا يحصى عنه ، فليس في الوسع خلع حق الخيار عن المدين وإسناده إلى الدائن ، لأن ذلك يفضى إلى تحكم الثانى في الأول خلافاً لما تقضى به قاعدة ترجيح جانب المدين عند الشك . أما إذا كان الخيار ، على نقيض ذلك ، موكولاً إلى الدائن وامتنع عن مباشرة هذا الحق ، حتى في الأجل الذى حدده القاضى له ، فليس ثمة ما يحول دون إسناد الخيار إلى المدين . هذا وقد يعتمد من يمهّد إليهم بالخيار ، كما هو الشأن في تعدد المدينين أو خلفاء المدين ، أو تعدد الدائنين أو خلفاء الدائن ، وفي هذه الحالة يتعين اتفاق أولئك أو هؤلاء جميعاً على الخيار وإلا تولاه القاضى . وقد استظهرت الفقرة الثالثة من المادة ١٢٢ من المشروع الفرنسى الإطالى هذا الحكم فنصت على أنه « إذا كان الخيار لأشخاص متعددين ، فلقاضى أن يضرب لهم أجلاً للاتفاق وإعلان اختيارهم ، فإن لم يعلنوا ذلك في خلال الأجل المحدد ، تولي القاضى الاختيار » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤١) .

أو ألوان مختلفة ويريد أن ينتقى الصنف أو الحجم أو اللون الذي يلائمه . فيستطيع أن يعمل خياره عن طريق إرادة يعلنها إلى المدين ، وتحدث أثرها عند ما تصل إلى علم المدين فيتعين اغل الواجب الأداء . وله أن يرجع فيها ، ويحل محل الاختيار الأول اختياراً آخر إذا وصل هذا الاختيار الآخر إلى علم المدين قبل وصول الاختيار الأول . وبمجرد أن تصل إرادة الدائن إلى علم المدين ، فإن المدين يصبح في حل من التصرف في سائر محال الالتزام التي لم يقع عليها اختيار الدائن ، ولا يحتجز الدائن إلا المحل الذي وقع عليه الاختيار (١) .

كذلك يستطيع الدائن أن يعمل حقه في الخيار عن طريق التنفيذ الفعلي ، بأن يقبض من المدين محلاً معيناً من المحال المتعددة أو يطالبه بأداء محل معين . ويعتبر التنفيذ الجزئي - بأن يقبض جزءاً من محل معين مثلاً - بمثابة التنفيذ الكلي من حيث إعمال حق الخيار ، فلا يستطيع الدائن بعد أن قبل التنفيذ الجزئي في محل معين إلا أن يعضى في التنفيذ إلى غايته في نفس هذا المحل . ولا بد أن يختار الدائن في الميعاد المحدد إذا حدد ميعاد ، وإلا ففي ميعاد معقول . فإن امتنع عن الاختيار ، جاز للدائن أن يلجأ إلى القضاء على الوجه الذي سنبينه .

كذلك يجب أن يختار الدائن محلاً من المحال المتعددة للالتزام التخيري ، فلا يختار شيئاً آخر خارجاً عن هذا النطاق . وليس له أن يختار جزءاً من محل وجزءاً من محل آخر ، حكمه في ذلك حكم المدين الذي يكون له الخيار .

وإذا كان الالتزام التخيري زمنياً أو ينفذ في آجال دورية ، جاز للدائن - المدرسة أو المستشفى في ممثل مورد الأغذية الذي سبق إرادته - أن يختار صنفاً في أجل وصنفاً آخر في أجل بعده ، على النحو الذي يبيناه في حالة ما إذا كان الخيار للمدين .

(١) والفقهاء الفرنسي هنا يعلم بجواز أن يعمل الدائن حق الخيار عن طريق إعلان إرادته ، فإن امتناع هذا الطريق على المدين إذا كان هو الذي له الخيار إنما تقرر رعاية لمصلحة الدائن حتى لا يكون هناك انتقاص للمعان الذي قصد إليه من الالتزام التخيري ، أما إذا كان الدائن هو الذي له الخيار واختار عن طريق إعلان إرادته فلا بد أن يكون قد اختار طريقاً لا يتعارض مع مصلحته (لوران ١٧ مقرة ٢٢٧ - بودري وبارد ٢ مقرة ١٠٦٧ - ومع ذلك أنظر ديولومب ٦٢ مقرة ٤٩ - وقارن كذلك أنسيكلويدى دالوز ٣ لفظ obligation مقرة ٥٥) .
(١١٢ - الوسيط)

وإذا مات الدائن انتقل الخيار لورثته . وإذا تعدد الدائون أو تعددت الورثة وجب أن يتفق الجميع على اختيار شيء واحد ، وإلا عدوا ممتنعين عن استعمال حق الخيار .

وحكم امتناع الدائن عن استعمال حق الخيار هو ما قرره العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية من المادة ٢٧٦ (١) : أن ينتقل الخيار إلى المدين . فالمدين يطلب من القاضي أولاً أن يعين أجلاً يختار فيه الدائن ، أو يتفق فيه الدائون المتعدون أو الورثة ، فإذا انقضى الأجل دون أن يختار الدائن أو دون أن يتفق الدائون المتعدون أو الورثة ، فهنا — خلافاً للحالة التي يكون فيها الخيار للمدين على ما قدمنا — ينتقل الخيار من الدائن إلى المدين ، وهذا بموجب نص صريح في التقنين المدنى المصرى (٢). ولو لم يوجد هذا النص ، لما أمكن تقرير هذا الحكم ، ولوجب — كما هو الأمر في القانون الفرنسى (٣) — أن يتولى القاضي هنا أيضاً الاختيار بنفسه (٤).

ويلاحظ أن الخيار إذا كان لأجنبي ، طبقت في حقه الأحكام المتقدمة . لكن إذا امتنع الأجنبي عن الخيار ، تولى القاضي الاختيار بنفسه تطبيقاً للقواعد

(١) أنظر أيضاً المادة ٦٥ من تقنين الموجبات والمتود البناني .

(٢) وقد زل التقنين المصرى الجديد في ذلك عند القاعدة التي تنص بأن يكون التفسير عند الشك في مصلحة المدين ، كما نزل عند هذه القاعدة ذاتها عندما قضى بأن يكون الخيار للمدين إذا لم ينص المقد أو القانون على من يكون له الخيار (الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ١٩٦) .
(٣) بودى وبارد ٢ فقرة ١٠٧٢ — قارن لوران ١٧ فقرة ٢٣٩ — عكس ذلك ديمولوب ٢٦ فقرة ٤١ .

(٤) وكان القاضي هو الذى يتولى الاختيار بنفسه في عهد التقنين المدنى السابق وقد خلا هذا التقنين من نص على انتقال الخيار من الدائن إلى المدين (أنظر الموجز للمؤلف فقرة ٤٩٥ ص ٥٠٢ — الأستاذ أحمد حشمت أبوسيت فقرة ٦٩٣ ، وأنظر آنفاً فقرة ٩٤ في الهامش) . وقد سبق أن ذكرنا أن العبرة في سريان التقنين الجديد بوقت نشوء الالتزام ، فان نشأ الالتزام التخييري الذى يكون فيه الخيار قدامت قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، وامتنع الدائن عن إعمال حقه في الخيار ولو وقع الامتناع بعد هذا التاريخ ، فالتقنين السابق هو الذى يسرى ويتولى القاضي تعيين محل الالتزام بنفسه . أما إذا نشأ الالتزام في وقت غير سابق على ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، فالتقنين الجديد هو الذى يسرى وينتقل الخيار من الدائن إلى المدين (أنظر آنفاً فقرة ٩٤ في الهامش) . وقد قسمنا أن التقنين المدنى الألمانى (م ٢٦٤) يجعل الخيار ينتقل من الدائن إلى المدين ومن المدين إلى الدائن على حد سواء .

العامة : ولا ينتقل الخيار إلى المدين لأن انتقال الخيار إلى من ليس له حق الخيار يقتضى نصاً خاصاً : فان لم يوجد النص وجب أن يتولى القضاء الاختيار .

٩٧ — استناد تعيين المحل إلى الماضي : وأياً كان الشخص الذى

يثبت له حق الخيار ، فانه متى أعمل حقه واختار المحل الواجب الأداء على النحو الذى قبلناه ، صار هذا المحل وحده هو محل الالتزام ، وانقلب الالتزام التخيرى التزاماً بسيطاً ذا محل واحد هو المحل الذى وقع عليه الاختيار (١) .

ويستند هذا التعيين بأثر رجعى إلى الماضي ، أى أن المحل الذى وقع عليه الاختيار يعتبر منذ نشوء الالتزام هو المحل الوحيد ، ويعتبر الالتزام بسيطاً لا تخيرياً منذ نشوئه لا منذ إعمال حق الاختيار . وليس هذا الاستناد إلى الماضي

(١) وقد يقع من له حق الاختيار — المدين أو الدائن — فى غلط ، فيؤدى أو يستأدى شيئاً وهو جاهل أن له حق الخيار فى تأدية أو استثناء هذا الشيء أو فى تأدية أو استثناء شيء آخر غيره .

فيقع الغلط من المدين فيما إذا كان وارثاً مثلاً لمدين بالتزام تخيرى وهو يعتقد أن التزام مورثه التزام بسيط ذو محل واحد ، فيؤديه للدائن ، ثم ينكشف له الغلط . فى هذه الحالة يجوز له — إذا اختار أن يؤدى الشيء الآخر — أن يسترد من الدائن الشيء الذى سبق له تأديته فى مقابل أن يؤدى له الشيء الذى اختار أدائه (تولىه ٦ فقرة ٦٩٢ — ديمولومب ٢٦ فقرة ٥٤ بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٨١) . على أن الدائن إذا كان قد قبض الشيء الأول وهو حسن النية ، ثم باعه ، فإن المدين لا يسترد إلا الثمن بشرط أن يزيد هذا الثمن على قيمة الشيء الثانى الذى اختار المدين أدائه (تولىه ٦ فقرة ٦٩٢ — ديمولومب ٢٦ فقرة ٥٥ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٨١) . أما إذا كان الوارث الذى وقع فى الغلط يعتقد أن الواجب هو أداء الشيئين معاً ، بأن ظن أن الالتزام متعدد المحل وليس بتخيرى ، كان من حقه بعد أن ينكشف له الغلط أن يسترد أياً من الشيئين يختاره . فإذا كان أحد الشيئين قد هلك فى يد الدائن بسبب أجنبى ، لم يعد للمدين أن يسترد الشيء الآخر فقد تركزت عملية الالتزام فيه (تولىه ٦ فقرة ٦٩٢ — ديمولومب ٢٦ فقرة ٥٧ — فقرة ٥٩ — لوران ١٧ فقرة ٢٢٤ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٨١ ص ٢٢١) .

ويقع الغلط من الدائن فيما إذا اعتقد — هو أو وارثه — أن الالتزام بسيط وأن الشيء الذى أداه له المدين هو المحل الوحيد للالتزام ، وكان يجهل أن الالتزام تخيرى وأن له (أى للدائن) حق الخيار . فى انكشف له الغلط ، جاز — إذا اختار الشيء الآخر — أن يرد الشيء الذى أداه له المدين ، وأن يطالب بأداء الشيء الذى اختاره هو (لارومبيير ٣ م ١١٩٠ فقرة ٦ — ديمولومب ٢٦ فقرة ٥٦ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٨١ ص ٢٣٠) .

يرجع إلى أن المحل المعين كان محلاً للالتزام معلقاً على شرط واقف هو أن يقع عليه الاختيار ، فقد قدمنا أن الالتزام التخييري ليس بالالتزام شرطى (١) وإنما يرجع الاستناد إلى أن المحل الذى عين كان منذ البداية محلاً للالتزام ، إلا أن هذه المحلية كانت شائعة بينه وبين المحال الأخرى ، فيتعيّنه تركرت المحلية فيه ، واعتبر هو المحل الوحيد منذ نشوء الالتزام . وهذا ما يسميه الفقه الألمانى بالتركز (concentration) ، ويفسرون به الاستناد إلى الماضى ، مفرقين بين الالتزام التخييري والالتزام الشرطى . فعند الألمان ليس للشرط بوجه عام أثر رجعى . كما قدمنا ، أما التعيين فى الالتزام التخييري فله أثر رجعى (٢).

ويتربط على هذا الأثر الرجعى والاستناد إلى الماضى نتائج هامة نذكر منها ما يأتى :

(١) تتحدد طبيعة الالتزام التخييري منذ البداية بالتعيين الذى سيتم بعد نشوء الالتزام ، والذى يستند إلى وقت نشوئه . فإذا كانت محال الالتزام التخييري بعضها عقار وبعضها منقول أو بعضها قابل للتجزئة وبعضها غير قابل لها ، ثم تعين من بينها المحل الواجب الأداء فإذا هو عقار مثلاً أو هو شيء غير قابل للتجزئة ، اعتبر الالتزام التخييري منذ البداية التزاماً بسيطاً عقارياً أو التزاماً بسيطاً غير قابل للتجزئة (٣) .

(٢) إذا كانت محال الالتزام التخييري نقل ملكية أشياء متعددة ، ووقع الاختيار على شيء واحد من هذه الأشياء ، وكان نقل الملكية يتم بمجرد نشوء

(١) ويقول بالالتزام الشرطى ماركاديه ٤ فقرة ١١٨٩ . وانظر أيضاً بيدان ولاجار ٨ فقرة ٨٠٢ — بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ٦٧٨ ص ٤٦٢ .

(٢) سأل بحث فى النظرية العامة للالتزام فى القانون الألمانى فقرة ١٠ ص ١٠ — يودى وبارد ٢ فقرة ١٠٧٤ — جوران ٢ فقرة ٧٤٦ — الأستاذ إسحاق غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٩١ ص ٢٦٩ — وانظر عكس ذلك فى أن التعيين لا يستند إلى الماضى وليس له أثر رجعى : لوران ١٧ فقرة ٢٤٠ — فقرة ٢٤١ — هيك ٧ فقرة ٢٩١ — دى باج ٣ فقرة ٢٧٧ وفقرة ٢٨١ — فقرة ٢٨٢ — كولان وكايتان ٢ فقرة ٤١٠ — الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ١٩٨ .

(٣) يودى وبارد ٢ فقرة ١٠٧٥ .

الالتزام كما في المتقول المعين بالذات، فان ملكية الشيء الذى وقع عليه الاختيار تعتبر قد انتقلت منذ نشوء الالتزام لا منذ إعمال حق الخيار ، ويعتبر الدائن مالكا للشيء منذ البداية (١) .

(٣) إذا شهر إفلاس المدين أو إعساره في الفترة ما بين نشوء الالتزام وإعمال حق الخيار ، فما دام الدائن يعتبر مالكا للشيء منذ نشوء الالتزام ، فإنه يستطيع أن يسترد من التغطية أو من مال المعسر دون أن يشاركه فيه سائر دائنى المدين (٢) .

(٤) إذا تصرف الدائن في الشيء في الفترة ما بين نشوء الالتزام وإعمال حق الخيار ، ثم وقع الاختيار على هذا الشيء ، اعتبر الدائن أنه قد تصرف في ملكه منذ تاريخ هذا التصرف . وإذا كان الشيء عقاراً وسجل التصرف قبل إعمال حق الخيار ، انتقلت الملكية إلى المتصرف إليه بالتسجيل وفي تاريخ سابق على إعمال حق الخيار (٣) .

(١) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٧٦ — انظر عكس ذلك : لوران ١٧ فقرة ٢٢١ — فقرة ٢٢٢ — تولى ٦ فقرة ٦٩٥ — لاروسبيير ٣ م ١١٩٣ — ١١٩٤ فقرة ٢ .
والظاهر أن نقل الملكية في خيار التمين في الفقه الإسلامى يستند إلى الماضى في حالة ما إذا كان الخيار للمشتري أى للدائن . جاء في البدائع (جزء ٥ ص ٢٦١ — ص ٢٦٢) في خصوص ما إذا كان الخيار للمشتري : « فحكمه ثبوت الملك للمشتري في أحد المذكورين غير عين .. والآخر يكون ملك البائع أمانة في يده إذا قبضه لأنه قبضه باذن المالك لا على وجه التملك ولا على وجه الثبوت فلكان أمانة .. ولو تصرف البائع في أحدهما فتصرفه موقوف ، إن عين ما تصرف فيه البيع لم ينفذ تصرفه لأنه تبين أنه تصرف في ملك غيره ، وإن عين ما تصرف فيه للأمانة نفذ تصرفه لأنه ظهر أنه تصرف في ملك نفسه فينفذ » . أما في خصوص ما إذا كان الخيار البائع ، فالظاهر أن الخيار يمنع زوال السلعة عن ملكه ، فلا يجوز للمشتري أن يتصرف في أى من الشئتين . جاء في البدائع (جزء ٥ ص ٢٦٣) في هذا الصدد : « فلا يجوز للمشتري أن يتصرف فيما ولا في أحدهما ، لأن أحدهما ليس بمبيع يتيقن والآخر مبيع لكن لبائمه فيه خيار وغيره البائع يمنع زوال المبيع عن ملكه . ولو تصرف البائع في أحدهما جاز تصرفه فيه ، ويتعين الآخر البيع ، وله خيار الإلزام فيه والفسخ . ولو تصرف فيما جسيما ، جاز تصرفه فيما ، ويكون فسخا البيع .. لأن تصرفه فيما دليل إقرار الملك فيما فيتضمن فسخ البيع كما في المبيع المعين » .
(٢) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٧٧ .
(٣) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٧٧ ص ٢٢٧ .

٥ ٢ - أحكام الهلاك

٩٨ - النصوص القانونية : تنص المادة ٢٧٧ من التفتين المدني

على ما يأتي :

« إذا كان الخيار للمدين ، ثم استحال تنفيذ كل من الأشياء المتعددة التي اشتمل عليها محل الالتزام ، وكان المدين مسئولاً عن هذه الاستحالة ولو فيما يتعلق بواحد من هذه الأشياء ، كان ملزماً بأن يدفع قيمة آخر شيء استحال تنفيذه » (١) .

ويقابل هذا النص في التفتين المدني السابق فيض من النصوص تبسط فيها هذا التفتين ، مفصلاً أحكام تحمل تبعة الهلاك ، وهي المواد ١٥١/٩٧ و ١٥٣/٩٩ و ١٥٤/١٠٠ (٢) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٤٠١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التفتين المدني الجديد ، فيما عدا خلافاً لفظياً طفيفاً . وفي لجنة المراجعة عدل النص تمديلاً لفظياً فتست المطابقة ، وأصبحت المادة رقماً ٢٨٩ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٢٧٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٣ و ص ٤٦) .

(٢) التفتين المدني السابق م ١٥١/٩٧ : إذا صارت إحدى الكيفيات المعنية للتنفيذ غير ممكن الحصول عليها ، فيكون قاصراً على الكيفية الممكن تنفيذ التمهيد بها .

م ١٥٣/٩٩ : إذا كان الخيار للمتهمد له وصار طريق من طرق الوفاء غير ممكن بتقصير التمهيد ، فله التمهيد له الخيار بين طلب الوفاء بالطريق الممكن وبين طلب التمييز المترتب على عدم الوفاء بالطريق الآخر .

م ١٥٤/١٠٠ : وإذا صار الطريقان المعينان للوفاء غير ممكنين بتقصير التمهيد ، فتحق الخيار للمتهمد له لم يزل باقياً بين التمييزين المعينين لعدم الوفاء .

(وهذه حالات مختلفة ، أجرى عليها التفتين المدني السابق القواعد العامة فانتهى إلى حلول يمكن الأخذ بها دون نص . ولا تزال هناك حالات أخرى سكت عنها التفتينان القديم والجديد لوضوحها من حيث تطبيق القواعد العامة . إلا أن الحالتين اللتين أوردتهما التفتين الجديد — ولم يمرض لهما التفتين القديم — هما الحالتان الجديرتان بالذكر ، لأن الحل الذي ينتهى إليه فيهما تطبيق القواعد العامة في حاجة إلى التجلية والبيان) .

ويقابل النص في التقنيات المدنية العربية الأخرى: في التقنين المدني السوري المادة ٢٧٧ ، وفي التقنين المدني الليبي المادة ٢٦٤ ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ٣٠١ ، وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المواد ٦١—٦٣ و٦٦ و٦٧ (١) .

ويتبين من النص السالف الذكر أن التقنين المدني المصري اقتصر على إيراد الحكم في صورة واحدة من صور استحالة تنفيذ بعض أو كل الأشياء المتعددة

(١) التقنيات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢٧٧ (مطابقة المادة ٢٧٧ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٢٦٤ (مطابقة المادة ٢٧٧ من التقنين المدني المصري) .
التقنين المدني العراقي م ٣٠١ : إذا كان خيار التعيين المدين ، وهك أحد الشئين في يده ، كان له أن يلزم الدائن بالتاني ، فان هلكا معاً انفسخ العقد . وإذا كان المدين مسئولاً عن الهلاك ولو فيما يتعلق بواحد من الشئين ، فيكون ملزماً بدفع قيمة آخر شيء هلك .
(والتقنين العراقي عرض للصورة التي عرض لها التقنين المصري ، وجعل لها نفس الحل . وأضاف صورتين أخريين طبق فيهما القواعد العامة ، فانتهى إلى حلول يمكن الأخذ بها في مصر دون نص . انظر الأستاذ حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ١٧٢ —فقرة ١٧٤) .
تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٦١ : إذا كان أحد المواضيع وحده قابلاً للتنفيذ ، فالموجب يكون أو يصبح من الموجبات البسيطة (هذا الحكم يتفق مع المبادئ العامة ويمكن تطبيقه في مصر) .
م ٦٢ : يسقط الموجب التخيري إذا أصبحت مواضيع الموجب كلها مستحيلة في وقت واحد بدون خطأ من المديون وقبل تأخره (هذا الحكم يتفق أيضاً مع المبادئ العامة ويمكن تطبيقه في مصر) .

م ٦٣ : إذا أصبحت مواضيع الموجب كلها مستحيلة في وقت واحد بخطأ من المديون أو بعد تأخره ، أمكن الدائن أن يطالب بضمن ما يختاره من تلك المواضيع (هذا الحكم يتفق أيضاً مع المبادئ العامة ويمكن تطبيقه في مصر) .

م ٦٦ : إذا حدث في الحالة المشار إليها في المادة السابقة (الخيار للدائن) أن تنفيذ أحد مواضيع الموجب أصبح مستحيلًا بخطأ من المديون أو بعد تأخره ، حق للدائن أن يطالب بالموضوع الذي بق ممكناً أو بأداء عوض يناسب الضرر الناجم عن استحالة تنفيذ ذلك الموضوع (يتفق هذا النص في الحكم مع المادة ١٥٣/٩٩ من التقنين المدني المصري السابق ، ويتفق أيضاً مع المبادئ العامة فيمكن تطبيقه في مصر) .

م ٦٧ : إذا أصبح تنفيذ أحد مواضيع الموجب مستحيلًا بخطأ الدائن ، بعد كآته اختار هذا الموضوع ، فلا يمكنه أن يطالب بما بق ممكناً من المواضيع (كان تطبيق القواعد العامة يقتضي بأن الدائن في هذه الحالة يختار بين أن يعتبر نفسه قد اختار الحل الهالك وبين أن يطالب بالشيء الباقي مع دفع تعويض عما تسبب في هلاكه بخطأه . وهذا هو الحل الواجب الاتباع في مصر ، مادام للتقنين المصري لا يتضمن نصاً كتمس التقنين اللبناني) .

التي اشتمل عليها محل الالتزام التخييري . وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التهديدي ، بياناً لذلك ، ما يأتي : « يواجه هذا النص حكم استحالة تنفيذ أمر أو أكثر من الأمور التي يرد التخيير عليها . ورغم أن هذا الحكم محدود الأهمية من الناحية العملية . فقد جرت التقنيات اللاتينية على الإسهاب بشأنه ، فأوردت نصوصاً كثيرة ليست في جملتها إلا تطبيقات بينة للقواعد العامة . على أن المشروع لم ير مجازاة هذه التقنيات ، بل اجتزأ بنص واحد واجه فيه فرضاً ليس لتطبيق القواعد العامة فيه حظ موفور من الوضوح » (١) .

ويحسن أن نستعرض الصور المنطقية لحالة ما إذا استحال تنفيذ كل أو بعض الأشياء المتعددة التي اشتمل عليها الالتزام التخييري ، مطبقين في كل صورة منها القواعد العامة لنصل إلى الحل الواجب الاتباع في مصر ، وستأتي الصورة التي عرض لها النص ضمن هذه الصور .

وتوخياً للوضوح نفرض أن هذه الأشياء المتعددة هما شيان معينان بالذات ، وأن عينا منهما أو الاثنين معاً قد هلكا . وما نقوله فيما إذا كان المحل أحد عيين معينين بالذات يصلح لما إذا كان المحل يشمل أكثر من عيين أو يشمل عملاً أو امتناعاً عن عمل . ومن ثم نحصر الصور المنطقية فيما يأتي : (١) هلاك الشيتين معاً بسبب أجنبي ، سواء كان الخيار للمدين أو للدائن . (٢) هلاك الشيتين أو أحدهما والخيار للمدين . (٣) هلاك الشيتين أو أحدهما والخيار للدائن . وفي الصورتين الأخيرتين المفروض طبعاً أن تستبعد من كل منهما حالة ما إذا هلك الشيطان معاً بسبب أجنبي ، فهذه حالة قد استغرقتها الصورة الأولى .

٩٩ - هلاك الشيتين معاً بسبب أجنبي : هذه الحالة تنخفض منها

منذ البداية ، لأن تطبيق القواعد العامة فيها واضح كل الوضوح . فإدام الشيطان — أو الأشياء جميعاً — قد هلكت بسبب أجنبي ، فقد استحال تنفيذ الالتزام ، وانقضى الالتزام التخييري بسبب هذه الاستحالة (م ٣٧٣) مدني ، سواء في ذلك كان الخيار للمدين أو كان الخيار للدائن (٢) .

* (١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٢ — ص ٤٤ .

(٢) أنظر في هذا المعنى المادة ١١٩٥ من التقنين المدني الفرنسي والمادة ٦٢ من تقنين —

١٠٠ - هلاك الشئيين أو أحدهما والخيار للمدين : نستبعد بداهة

حالة ما إذا هلك الشئان معاً بسبب أجنبي ، فقد مضى القول فيها . وتبقى إذن الصور الآتية :

(١) هلاك أحد الشئيين دون الآخر بسبب أجنبي : مقتضى تطبيق القواعد العامة أن الالتزام يتركز محله في الشيء الباقي ، فليس للمدين إلا أن يختاره إذ ليس أمامه غيره (١) . وإذا شمل المحل عدة أشياء هلك أحدها ، كان للمدين أن يعين محل الالتزام شيئاً من بين الأشياء الباقية .

= الموجبات والمقود البناني . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : « إذا كانت استحالة التنفيذ راجعة إلى سبب أجنبي ، انقضى الالتزام ، وفقاً للقواعد العامة ، متى شملت هذه الاستحالة جميع الأمور التي يرد التخيير عليها » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤١) . وفي مكان آخر : « وإن كان التخيير للدائن ، واستحال تنفيذ جميع ما يرد التخيير عليه من جراء سبب أجنبي ، انقضى الالتزام طبقاً للقواعد العامة ، كما هو الشأن عند تحوّل المدين خيار التعيين » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٥) . ويتفق الالتزام لاستحالة التنفيذ في الصورة التي نحن بصدددها سواء هلك الشئان معاً في وقت واحد ، أو هلك أحدهما بعد هلاك الآخر . والفرق بين هاتين الحالتين لا أهمية له من الناحية العملية ، فقد قدّمنا أن الالتزام ينقضى فيهما معاً . غير أنه من الناحية النظرية يصبح الالتزام بسيطاً ، في الحالة الثانية ، بهلاك أحد الشئيين ، ثم ينقضى بهلاك الشيء الآخر . أما في الحالة الأولى فينقضى الالتزام وهو تخييرى دون أن يصبح بسيطاً قبل انقضائه (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٨٢ ص ٢٣٢ هامش رقم ٢) .

(١) انظر في هذا المعنى المادة ١٥١/٩٧ من التقنين المدنى السابق والمادة ١١٩٣ فقرة أولى من التقنين المدنى الفرنسى . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : « أما إذا انتصرت الاستحالة على أحد محل التخيير ، فيسقط خيار المدين ، ولا يكون له إلا الوفاء بالآخر ، وليس ثمة معنى عن إضفاء هذا الحكم ، فهو حتم تقتضيه طبيعة الأشياء » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٤) .

عل أنه يمكن التساؤل عما إذا كان يحق للمدين في هذه الصورة أن يختار بين الوفاء بالشيء الباقي وبين دفع قيمة الشيء الهالك ، ولكن يمتنع على هذا الحل بأنه لو سلم به لوجب ، فيما إذا هلك الشيء الباقي هو أيضاً بسبب أجنبي ، أن يبقى المدين بقيمة أى من الشئتين يختاره مع أن ذمته تبرأ عند هلاك الشئتين بسبب أجنبي ولو هلكا على التوالي كما تقدم القول . يبقى أن يقال أن الملمن يرى نفسه مضطراً أن يبقى بالشيء الباقي مع احتمال اختياره للشيء الهالك لو لم يهلك بسبب أجنبي ، فله إذن بعد أن يبقى بالشيء الباقي أن يسترد من الدائن الفرق في القيمة ما بين الشئتين فيما إذا كان الشيء الباقي أعلى قيمة من الشيء الهالك (انظر بودرى وبارد ٣ فقرة ١٠٨٧ -

(٢) هلك أحد الشئيين دون الآخر بخطأ المدين : ما دام المدين هو الذى له حق الخيار ، فلا مناص من اعتبار الشيء الذى هلك بخطأه هو الشيء الذى لم يخره ، فلا يبقى أمامه إلا الشيء الباقي - أو أحد الأشياء الباقية يتولى اختياره - فيؤديه للدائن محلاً للالتزام (١) .

(٣) هلك أحد الشئيين دون الآخر بخطأ الدائن : ما دام الخيار بيد المدين ، فقد كان له أن يختار الشيء الذى هلك بخطأ الدائن أو الشيء الآخر ، فيبقى على خياره ما بين تأدية الشيء الآخر - أو شيء من الأشياء الأخرى في حالة التعدد - للدائن مع الرجوع عليه بقيمة الشيء الذى هلك بخطأه ، أو أن يعتبر الشيء الذى هلك بخطأ الدائن هو الشيء الواجب الأداء فتبرأ ذمته من الدين ولا يرجع على الدائن بشيء (٢) .

(٤) هلك الشئان معاً وكان هلاك أحدهما بخطأ المدين : إذا هلك الشيء الأول بخطأ المدين ، وكان الخيار له ، فإن هلاك هذا الشيء بخطأه يجعل محل الالتزام يتركز في الشيء الآخر . فإن هلك هذا الشيء الآخر بسبب أجنبي ، فلا يزال هناك خطأ منسوب إلى المدين ، إذ هو بخطأه الأول جعل الالتزام

= ويشير إلى لايه في بحث له في بعض الصعوبات المتعلقة بهلاك الشيء الواجب الأداء وباتحاد الذمة ص ٥٣ وما بعدها) . ولكن إذا جاز للمدين إجبار الدائن على تقاضى الشيء المالك لو أنه بق قائماً ، فإنه لا يجوز له أن يجبره على تقاضى الشيء الباقي مع استرداد الفرق ما بين القيمتين ، ففي هذا تجوز لا تبيحه علاقة المديونية فيما بينهما .

(١) أنظر في هذا المعنى المادة ١٥١/٩٧ من التفتين المدنى السابق والمادة ٢١٩٣ فقرة أولى من التفتين المدنى الفرنسى . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتى : « أما إذا اقتضت الاستحالة على أحد عمل التأخير دون الآخر ، وكانت راجعة إلى خطأ المدين ، فيتمتع عليه الوفاء بما يقوم به وصف الامكان حتى لا يفيد من خطأه » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٥) .

(٢) (لارومبيير ٣ م ١١٩٣ - ١١٩٤ فقرة ١١ - ديمولومب ٢٦ فقرة ٩٧ - بودوى وبارد ٢ فقرة ١١٠٠ - وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتى : « وإن اقتضت الاستحالة على أحد عمل التأخير ، فللمدين وقد ثبت له خيار التفتين ، أن يختار الوفاء بالآخر ، وفي هذه الحالة يكون له أن يطالب الدائن بقيمة ما استحال الوفاء به من جراء خطأه » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٤) .

متركزاً في الشيء الآخر ، ولو أنه لم يرتكب هذا الخطأ لما هلك الشيء الأول ولبقى بعد هلاك الشيء الآخر محلاً للالتزام . ومن ثم يعتبر هلاك الشيء الآخر منسوباً إلى المدين حتى لو كان الهلاك بسبب أجنبي ، فعليه أن يدفع قيمته للدائن . ولو تعددت الأشياء وهلكت كلها ، مع هلاك أحدهما خطأ المدين ، فإن الالتزام يتركز في آخر شيء منها ، ويعتبر هلاكه - ولو بسبب أجنبي - منسوباً إلى المدين ، فيجب عليه دفع قيمته (١) .

وإذا كان الشيء الذي هلك بخطأ المدين هو الشيء الثاني بعد هلاك الشيء الأول بسبب أجنبي ، فإن الالتزام بعد هلاك الشيء الأول بسبب أجنبي يكون قد تركز في الشيء الثاني ، وقد هلك بخطأ المدين فوجب عليه دفع قيمته (٢) .

ومن ثم يجب على المدين في جميع الأحوال أن يدفع للدائن قيمة آخر شيء هلك : وهذه الصورة هي إحدى الصورتين اللتين عرض لهما نص المادة ٢٧٧ سالفه الذكر ، وقد كشفنا عن وجه الخفاء في الحكم الوارد في شأنها .

(٥) هلك الشئان معاً وكان هلاك كل منهما خطأ المدين : وهذه هي الصورة الأخرى التي عالجتها المادة ٢٧٧ مدني . وفي هذه الصورة أيضاً ينطبق نفس الحكم الذي قلّمنا في الصورة المتقدمة . فقد هلك الشيء الأول بخطأ المدين ، فتركز الالتزام في الشيء الثاني ، فهلك بخطأ المدين أيضاً ، فوجب عليه دفع قيمته . ولو تعددت الأشياء وهلك الشيء الأخير منها بخطأ المدين ، وجب عليه كذلك دفع قيمته بعد أن تركز الالتزام فيه (٣) .

(١) انظر بودري وبارد ٢ فترة ١٠٩٠ — فترة ١٠٩١ — الأستاذ عبد الحى حجازي ١ ص ١٩٧ . أما لو هلك الشيء الآخر — في الحالة التي نحن بصدها — بخطأ الدائن ، فيكون الدائن بمثابة من استوفاه ، ولا يرجع على المدين بشيء .

(٢) انظر بودري وبارد ٢ فترة ١٠٨٩ — أما إذا كان هلاك الشيء الأول — في الحالة التي نحن بصدها — بخطأ الدائن ، وهلك الشيء الثاني بخطأ المدين ، فالمدين إما أن يختار الشيء الأول وقد هلك بخطأ الدائن فتبرأ ذمة المدين ، وإما أن يختار الشيء الثاني فيدفع قيمته للدائن ويرجع عليه بقيمة الشيء الأول .

(٣) انظر المادة ١١٩٣ فترة ثانية من التقنين المدني الفرنسي ، وانظر بودري وبارد ٢ فترة ١٠٩٢ — فترة ١٠٩٣ . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للشروح التمهيدى ما يأتي : « أما إذا كانت الاستحالة قد حدثت من جراء خطأ المدين ، وكانت شاملة لجميع الأمور التي -

(٦) هلك الشيطان معاً وكان هلاك أحدهما بخطأ الدائن : ومن ثم يكون هلاك الشيء الآخر بسبب أجنبي . فان كان الشيء الذى هلك أولاً هو الذى هلك بسبب أجنبي ، فقد تركر محل الالتزام فى الشيء الآخر الذى هلك بخطأ الدائن ، ولما كان الدائن قد أهلكه بخطأه فيكون بمثابة من استوفاه ، وتبرأ ذمة المدين من الالتزام (١) . أما إذا كان الشيء الذى هلك أولاً هو الذى هلك بخطأ الدائن (٢) ، فللمدين ، وله الخيار ، أن يختار الشيء الآخر ، وإذا هلك هذا الشيء الآخر بسبب أجنبي فقد برئت ذمة المدين بهلاكه ، ثم يرجع المدين على الدائن بقيمة الشيء الأول الذى هلك بخطأه .

(٧) هلك الشيطان معاً وكان هلاك كل منهما بخطأ الدائن : للمدين فى هذه الصورة أن يختار الشيء الذى يؤديه فتكون ذمته قد برئت بهلاكه ، ويرجع بقيمة الشيء الآخر على الدائن . ولو تعددت الأشياء اختار المدين الشيء الذى بهلاكه تبرأ ذمته ، ويرجع بقيمة بقية الأشياء على الدائن (٣) .

= يرد التخيير عليها — وهذا هو الفرض الذى غنى المشروع بالنص على حكمه — فقد يتبادر إلى الذهن أن المدين ، بوجبه المتصرف فى الخيار ، يستطيع أن يبرى ذمته بأداء قيمة ما يختاره ، لاسيما أن هذا هو حكم تحقق استحالة جميع الأمور التى يرد عليها التخيير فى آن واحد . ولكن ينبغى التفريق فى هذا الصدد بين فروض عدة : فإذا استحال الوفاء بأحد محل التخيير قبل تحقق الاستحالة فى الآخر ، وجب أن يستتبع الأول فن نطق التخيير ، ويستوى فى هذا المقام أن تكون الاستحالة راجعة إلى خطأ المدين أم إلى حادث فجائى ، ذلك بأن المدين لا يسوغ له أن يفيد من خطئه فى الحالة الأولى ، وهو ملزم بتحمل التبعة فى الحالة الثانية ، ولغذه العلة يتمين عليه أداء ما طرأت عليه استحالة التنفيذ أخيراً (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٤ — ٤٥) .

(١) وهذا هو أيضا الحكم فيما لو كان الشيء الذى هلك أولاً هلك بخطأ المدين ، فإن محل الالتزام فى هذه الحالة أيضا يتركز فى الشيء الآخر الذى هلك بخطأ الدائن ، ولما كان الدائن قد أهلكه بخطأه فيكون بمثابة من استوفاه وتبرأ ذمة المدين من الالتزام .

(٢) ونفرض ، فى الحالة التى نحن بصدها ، أن الشيء الذى هلك أولاً هلك بخطأ الدائن ، وهلك الشيء الآخر بخطأ المدين لا بسبب أجنبي . فللمدين ، وله الخيار ، أن يختار أى الشئتين . فإن اختار الشئ الأول الذى هلك بخطأ الدائن ، يكون الدائن بمثابة من استوفاه ولا يرجع بشئ على المدين ، ويتحمل المدين هلاك الشئ الآخر إذ هلك بخطأه . وإن اختار المدين الشئ الآخر الذى هلك بخطأه ، فعليه أن يؤدى قيمته للدائن ، ثم يرجع عليه بقيمة الشئ الأول .

(٣) بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٠١ — الموجز للمؤلف فقرة ٤٩٥ ص ٥٠٢ — وقد =

١٠١ - هلك الشئين أو أحدهما واختار للدائن : هنا أيضا

نستبعد حالة ما إذا هلك الشئان معاً بسبب أجنبي ، فقد بينا حكمها فيما تقدم ، وعرفنا أن الالتزام ينقضى بسبب هذا الهلاك . فتبقى الصور المقابلة للصور التي عاجلتها في حالة ما إذا كان الخيار للمدين :

(١) هلك أحد الشئين دون الآخر بسبب أجنبي : هنا - كما في الصورة المقابلة - يتركز الالتزام في الشيء الذي يبقى ، ويتعين على الدائن أن يختاره . وإذا تعددت الأشياء وهلك أحدها بسبب أجنبي ، فللدائن أن يختار شيئاً من الأشياء الباقية (١) .

(٢) هلك أحد الشئين دون الآخر بخطأ المدين : ما دام الدائن هو الذي له حق الخيار ، فله أن يختار الشيء المالك فيرجع بقيمته ، أو يختار الشيء أو أحد الأشياء الباقية فيستأديها عيناً من المدين (٢) .

(٣) هلك أحد الشئين دون الآخر بخطأ الدائن : للدائن أن يختار ، فإن

= جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في هذا الصدد ما يأتي : « وإذا كانت استحالة التنفيذ ترجع إلى خطأ الدائن ، وكانت تتناول جميع الأمور التي يرد التخيير عليها ، فلمدين وهو صاحب الخيار أن يمين الأمر أو التكليف الذي يعتبر أن ذمته قد برئت بسبب الهلاك الحادث من جراء هذا الخطأ » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٤) .

(١) انظر في هذا المعنى المادة ١٥١/٩٧ من التقنين المدني السابق والمادة ١١٩٤ الفقرة الثانية من التقنين المدني الفرنسي . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في هذا الصدد ما يأتي : « أما إذا اقتضت الاستحالة على أحد عمل التخيير ، فليس للدائن ألا أن يختار الوفاء بالآخر ما دام هذا الوفاء ممكناً . وليس شك في أن إضفاء هذا الحكم حتم تقتضيه طبيعة الأشياء ، كما هي الحال عندما يمهّد للمدين بالخيار » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٥) .

(٢) انظر في هذا المعنى المادة ١٥٣/٩٩ من التقنين المدني السابق والمادة ١١٩٤ الفقرة الثانية من التقنين المدني الفرنسي والمادة ٦٦ من تقنين الموجبات والمقود البتاني . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في هذا الصدد ما يأتي : « فإن اقتضت الاستحالة على أحد عمل التخيير ، فللدائن أن يطالب بالوفاء بالآخر ما دام هذا الوفاء ممكناً ، أو أن يطالب بقيمة الأول وهو الذي أصبح تنفيذه مستحيلاً من جراء خطأ المدين » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٥) .

اختار الشيء الذى هلك بخطأه فقد برئت ذمة المدين بهلاكه . وأن اختار الشيء الآخر ، فعليه أن يدفع قيمة الشيء المالك للمدين (١).

(٤) هلك الشئان معاً وكان هلاك أحدهما بخطأ المدين : إذا اختار الدائن الشيء الذى هلك بخطأ المدين ، رجع عليه بقيمته . أما إذا اختار الشيء الذى هلك بسبب أجنبي ، لم يرجع بشيء على المدين إذ برئت ذمته بهلاك الشيء بالسبب الأجنبي . لذلك لا يتردد الدائن فى اختيار الشيء الذى هلك بخطأ المدين ، حتى يرجع عليه بقيمته (٢) .

(٥) هلك الشئان معاً وكان هلاك كل منهما بخطأ المدين : لما كان الخيار للدائن ، فله أن يختار أحد الشئين فيرجع بقيمته على المدين إذ هلك بخطأه (٣) .

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية المشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « أما إذا اقتضت الاستحالة على أحد على التخيير ، فللدائن — وهو صاحب الخيار — أن يختاره ، ويكون بذلك قد استوفى حقه . وله كذلك أن يختار استيفاء ما بقى الوفاء به ممكناً ، على أن يؤدى فى هذه الحالة قيمة ما استحال الوفاء به من جراء خطأه » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٥) .

هذا وتقتين الموجبات والمقود البتاتى (م ٦٧) يفرض على الدائن أن يختار الشيء الذى هلك بخطأه ، فبإثر ذمة المدين بهذا الهلاك .

(٢) أما المادة ١١٩٤ فقرة ثالثة من التقنين المدنى الفرنسى فتقضى بأن للدائن الرجوع على المدين بالقيمة التى يختارها من إحدى قيمتين : قيمة الشيء الذى هلك بخطأ المدين وقيمة الشيء الذى هلك بسبب أجنبي . ويتنقد الفقه الفرنسى هذا الحكم ، ويرى فى الخيار الذى أعطى للدائن ضرباً من العقوبة فرضها القانون على المدين (لاروميير ٣ ١١٩٣م فقرة ٩ — ديرانتون ١١ فقرة ١٤٨ — ماركاديه ٤ فقرة ٥٨٦ — ديمولومب ٢٦ فقرة ٨٨ — لوران ١٧ فقرة ٢٥٠ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٩٥) أما إذا كان هلاك أحد الشئتين — فى الحالة التى نحن بصددنا — بخطأ الدائن وهلاك الشيء الآخر بخطأ المدين لا يسبب أجنبى ، فللدائن — وله الخيار — أن يختار أحد الشئتين . فإن اختار الشيء الذى هلك بخطأه يكون بمثابة من استوفاه ، وإن اختار الشيء الذى هلك بخطأ المدين رجع عليه بقيمته وأدى له قيمة الشيء الذى هلك بخطأه .

(٣) أنظر فى هذا المعنى المادة ١٠٥/١٠٠ من التقنين المدنى السابق والمادة ١١٩٤ فقرة ثالثة من التقنين المدنى الفرنسى . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية المشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « فإذا كانت استحالة التنفيذ ناشئة عن خطأ المدين ، وكانت شاملة لجميع الأمور التى يرد التخيير عليها ، فللدائن — وهو المتصرف فى الخيار — أن يطالب المدين بقيمة ما يقع عليه اختياره » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٥) .

(٦) هلك الشيطان معاً وكان هلاك أحدهما بخطأ الدائن : إذا اختار الدائن

الشيء الذى هلك بخطأه ، برئت ذمة المدين من الدين ولم يرجع على الدائن بشيء . أما إذا اختار الدائن الشيء الذى هلك بسبب أجنبي (١) ، فقد برئت ذمة المدين أيضاً بهلاك الشيء بالسبب الأجنبي ثم يرجع المدين على الدائن بقيمة الشيء الذى هلك بخطأه . ومن ثم لا يتردد الدائن فى اختيار الشيء الذى هلك بخطأه حتى لا يرجع عليه المدين بشيء .

(٧) هلك الشيطان معاً وكان هلاك كل منهما بخطأ الدائن : لما كان الخيار

للدائن ، فله أن يختار أحد الشئتين ، وإذا هلك الشيء الذى اختاره بخطأه فيكون بمثابة من استوفاه وتبرأ ذمة المدين . ثم يرجع المدين بقيمة الشيء الآخر على الدائن إذ هلك هو أيضاً بخطأه (٢) .

(١) أما إذا هلك الشيء بخطأ المدين لا بسبب أجنبي ، رجعنا إلى حالة سبق بيان حكمها ، والدائن أن يختار الشيء الذى هلك بخطأه فيكون بمثابة من استوفاه ، أو الشيء الذى هلك بخطأ المدين فيستأدى قيمته ويؤدى قيمة الشيء الذى هلك بخطأه .

(٢) بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٠٣ — وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « وإذا نشأت استعالة التنفئة عن خطأ الدائن ، وتناولت الأمور التى يرد التخيير عليها ، أصبح هذا الدائن مسئولاً عن هلاك الشيء الذى لا يقع عليه اختياره وتمين عليه أداء قيمته ، باعتبار أن هلاك ما يقع عليه الاختيار يستتبع براءة ذمة المدين » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٥) .

أما أحكام الهلاك فى خيار التمين فى الفقه الإسلامى فالضابط فيها أنه إذا كان الخيار للبائع (أى للمدين) فإن الخيار يمنع زوال السلطة عن ملكه ، وإذا كان الخيار للمشتري (أى للدائن) فإن الخيار يثبت الملك له فى أحد الشئتين غير عين والآخر يكون ملك البائع أمانة فى يده إذا قبضه . وفى جميع الأحوال يقترب خيار الشرط بخيار التمين . ويترب على ذلك ما يأتى :

(١) إذا كان الخيار للبائع : ١ — قبل القبض : وهلك أحدهما بهلك أمانة ، والبائع على

خياره ، إن شاء ألزم المشتري الباقي منهما لأنه تعين للبيع ، وإن شاء فسخ البيع فيه لأنه غير لازم بسبب خيار الشرط . وتعليل ذلك أن خيار البائع يمنع زوال السلطة عن ملكه ، فهلك على ملك البائع أى أن الهالك بهلك أمانة — ويتعين الباقي للبيع وله فيه خيار الشرط ، وليس للبائع أن يلزم المشتري الشيء الهالك لأنه هلك أمانة — وإن هلكا جميعاً بطل البيع بهلاك المبيع قبل القبض يتبين .

٢ — بعد القبض : وهلك أحدهما بهلك أمانة أيضاً كما لو هلك قبل القبض ، ويتعين الباقي منهما للبيع والبائع فيه خيار الشرط ، إن شاء ألزمه المشتري وإن شاء فسخ البيع فيه . وتعليل ذلك أن خيار البائع يمنع زوال السلطة عن ملكه ، فهلك الهالك على ملك البائع وليس له أن يلزمه —

الفصل الثاني

الالتزام البدلي (*)

(obligation facultative)

١٠٢ - قيام وصف البطل وأعماله : فيبحث هنا - كما بحثنا في الالتزام التخييري - قيام وصف البدل وأحكام الالتزام البدلي. ونسير في البحث على الخطة نفسها التي اتبعناها عند الكلام في الالتزام التخييري ، حتى تتضح الفروق ما بين هذين النوعين من الالتزام .

= المشتري لأنه هلك أمانة، وتعين الباقي للبيع والبائع فيه خيار الشرط - وإن هلكا جميعاً، فإن كان هلاكهما بالتعاقب هلك الأول أمانة، وتعين الثاني للبيع وفيه خيار الشرط فهلك بغيره لا يشته . وإن كان هلاكهما معاً في وقت واحد، فمل المشتري نصف قيمة كل منهما لأن البيع شاع فيهما . (ب) وإذا كان الخيار للمشتري : ١ - قبل القبض : وهلك أحدهما لا يبطل البيع ، ولكن المشتري بالخيار إن شاء أخذ الباقي يشته ، وإن شاء ترك لأن المبيع قد تغير قبل القبض بالتعيين وهذا يوجب الخيار - وإن هلكا جميعاً بطل البيع بهلاك المبيع قبل القبض ييقين . ٢ - بعد القبض : وهلك أحدهما تعين الهالك للبيع ولزم المشتري ثمنه ، وتعين الآخر للأمانة لأن الأمانة فيهما مستحقة الرد على البائع ، وقد خرج الهالك من احتمال الرد فيه ، فتعين الباقي للرد وتعين الهالك للبيع ضرورة - وإن هلكا جميعاً ، فإن كان هلاكهما على التعاقب هلك الأول مبيعاً وهلك الآخر أمانة . وإن هلكا معاً في وقت واحد لزم المشتري ثمن نصف كل منهما ، لأنه ليس أحدهما بالتعيين أولى من الآخر ، فشاع البيع فيهما جميعاً .

هذا ويتخالف خيار التعيين في الفقه الإسلامي الالتزام التخييري من الوجوه الآتية :

(١) خيار التعيين لا بد فيه من ذكر المدة على خلاف في الرأي ، ولا يزيد على الثلاث .

(٢) إذا مضت المدة في خيار التعيين، ولم يحتر من له حق الخيار ، نقض البيع (الخطاب : ص ٤٢٥) .

(٣) في خيار التعيين إذا كان الخيار للمشتري، ثبت له الملك في أحد الشئتين غير معين ويكون الثاني في يده أمانة . وإذا كان الخيار للبائع ، لم يزل أي الشئتين عن ملكه .

(٤) يجتمع مع خيار التعيين خيار الشرط ، فلا يلزم البيع من له الخيار إلا بعد أن يتم تعيين الشيء الواجب الأداء .

(*) مراجع : بودري وبارد ٢ فقرة ١٤٠٨ - فقرة ١٠٥١ - بلانيول وريبير وجابول ٧ =

الفرع الأول

قيام وصف البذل

١٠٣ - النصوص القانونية : تنص المادة ٢٧٨ من التقنين المدني المصري على ما يأتي :

١ - يكون الالتزام بديلاً إذا لم يشمل محله إلا شيئاً واحداً ولكن تبرأ ذمة المدين إذا أدى بدلاً منه شيئاً آخر .

٢ - والشئ الذي يشمل على الالتزام ، لا البديل الذي تبرأ ذمة المدين بأدائه ، هو وحده محل الالتزام وهو الذي يعين طبيعته (١) .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكن الحكم كان مطبقاً دون نص .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٢٧٨ ، وفي التقنين المدني الليبي المادة ٢٦٥ ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ٣٠٢ ، وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادتين ٦٨ - ٦٩ (٢) .

= فقرة ١٠٥٢ - فقرة ١٥٠٣ - بيدان ولا جارد ٨ فقرة ٨٠٤ - فقر ٨٠٥ - دى باج ١ فقرة ٢٨٣ - فقرة ٢٨٦ - بلانيول وريير وبولانجي ٢ فقرة ١٣٢٣ - فقرة ١٣٢٦ - كولان وكايتان ٢ فقرة ٦٧٩ - چوسران ٢ فقرة ٧٤٧ - فقرة ٧٤٨ .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٤٠٢ من المشروع التمهيلي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم المادة ٢٩٠ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٢٧٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٣ - ٤٧ - ص ٤٨) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢٧٨ (مطابقة لمادة ٢٧٨ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٢٦٥ (مطابقة لمادة ٢٧٨ من التقنين المدني المصري) .
التقنين المدني العراقي م ٣٠٢ : ١ - يكون الالتزام بديلاً إذا لم يكن محله إلا شيئاً واحداً ولكن تبرأ ذمة المدين إذا أدى بدلاً منه شيئاً آخر . ٢ - والأسل لا البذل هو وحده محل - (م ١٢ - الوسيط)

ويستخلص من النص المتقدم أن وصف البديل يقوم متى شمل محل الالتزام شيئاً واحداً ولكن تبرأ ذمة المدين إذا أدى بدلاً منه شيئاً آخر ، وأن خيار البديل يكون دائماً للمدين بخلاف الالتزام التخييري فالخيار فيه يكون للمدين أو للدائن .

فنبحث إذن : (١) متى يقوم وصف البديل (٢) ثبوت خيار البديل للمدين ومصدر هذا الخيار .

١٥ - متى يقوم وصف البديل

١٠٤ - تعمير منطقة الالتزام البرلى : حتى يكون الالتزام بدلياً يجب أن يكون له محل واحد هو المحل الأصلي ، ويقوم مقام هذا المحل الأصلي شيء آخر هو البديل (١) . مثل ذلك أن يقرض الدائن المدين مبلغاً من النقود ، ويتفق معه على أنه يستطيع عند حلول الأجل ، إذا لم يشأ أن يرد مبلغ القرض ، أن يعطيه بدلاً منه داراً أو أرضاً معينة ، فيكون مبلغ النقود هو المحل الأصلي والدار أو الأرض هي البديل . وما العربون في البيع إلا بديل يأخذه البائع أو المشتري إذا اتفقا على أن يكون العربون وسيلة للرجوع في البيع ، وسيأتي بيان ذلك (٢) .

= الالتزام، وهو الذي يحدد طبيعته . (ويطابق هذا النص في الحكم نص المادة ٢٧٨ من التقنين المدني المصري) .

تقنين الموجبات والمقود البناني م ٦٨ : يكون الموجب اختيارياً حين يجب أداء شيء واحد مع تحويل المدين الحق في إبراء ذمته بأداء شيء آخر . والشيء الواجب الأداء هو ، في نظر الشرع ، موضوع الموجب الذي تضمن به ماهيته ، لا الشيء الآخر الذي يستطيع المدين أن يبرئ ذمته بأدائه .

م ٦٩ : يسقط الموجب الاختياري إذا هلك الشيء الذي يكون موضوعاً له بغير خطأ من المدين وقبل تأخره ، ولا يسقط إذا هلك الشيء الذي جعل تسليمه اختيارياً .

(وأحكام التقنين البناني تتفق مع أحكام التقنين المصري ، وقد زاد التقنين البناني أن أورد حكم هلاك الشيء الأصل وحكم هلاك البديل بما يتفق مع القواعد العامة) .

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٧ .

(٢) أنظر في أمثلة أخرى يبدان ولا جارد ٨ فقرة ٨٠٤ ص ٥٩٢ .

ويجب أن يتوافر في المحل الأصلي جميع الشروط الواجب توافرها في محل الالتزام ، وإلا كان الالتزام باطلا . أما البديل فإن توافرت فيه الشروط أمكن أن يقوم مقام الأصل ، وإلا سقط هو وبقي الالتزام بمحله الأصلي قائماً ، ولكن يصبح التزاماً بسيطاً ذا محل واحد دون بديل .

ونرى من ذلك أن الالتزام البدلي - بخلاف الالتزام التخييري - هو ضمان للمدين لا ضمان للدائن . فالمدين يكون في سعة من أمره بأداء البديل دون المحل الأصلي ، وإذا هلك المحل الأصلي فإن المحلية لا تتركز في البديل ، كما تتركز في المحل الآخر في الالتزام التخييري ، بل تبرأ ذمة المدين . ومن ثم يكون البديل دائماً لمصلحة المدين إذ تبرأ ذمته بأدائه ، ولا يكون ضد مصلحته إذ لا تتركز فيه المحلية إن أصبح المحل الأصلي غير صالح لأن يكون محلاً .

ونرى من ذلك أيضاً أن البديل ليس محلاً للالتزام ، فليس هو الشيء الذي يمكن الدائن المطالبة به (in obligatione) ولكنه شيء يقوم مقام المحل الأصلي في الوفاء (in facultate solutionis) ، وقد تقدم بيان ذلك . ويستخلص من هذا أن هناك تعادلاً - في نظر طرفي الالتزام أو في نظر القانون حسب مصدر وصف البديل - ما بين المحل الأصلي وبديله ، إذ أن البديل يقوم مقام المحل الأصلي في الوفاء .

١٠٥ - تمييز الالتزام البدلي عن حالات أخرى تشبه به : وفي تحديد منطقة الالتزام البدلي يحسن أن نميز ما بين هذا الالتزام والتزامات أخرى تشبه به . وأول هذه الالتزامات هو الالتزام التخييري الذي تقدم ذكره . ثم نميزه بعد ذلك عن الشرط الجزئي ، ونقارنه بالعربون .

١٠٦ - التمييز بين الالتزام البدلي والالتزام التخييري : رأينا فيما تقدم أن الالتزام البدلي له محل واحد تمكن المطالبة به، والشيء الآخر ليس محلاً للالتزام بل هو بديل عنه في الوفاء . أما الالتزام التخييري فمحله متعدد ، وكل من الأشياء المتعددة يعتبر محلاً للالتزام وتمكن المطالبة به متى وقع عليه الاختيار . فالالتزام التخييري متعدد محل الالتزام ، أما الالتزام البدلي فهو متعدد محل الوفاء . ويتفرع على هذا الفرق الجوهرى الفروق الآتية :

(١) إذا طالب الدائن المدين بالالتزام بدلى ، فانه لا يستطيع المطالبة إلا بالحل الأصلي ، فهو وحده محل الالتزام . وعند ذلك يجوز للمدين أن يؤدي هذا الحل الأصلي ، وله إن شاء أن يؤدي عوضاً عنه الشيء البديل ، فتبرأ ذمته بتأديته كما تبرأ بتأدية الحل الأصلي . أما المدين فله أن يعرض على الدائن إما الحل الأصلي وإما الشيء البديل ، وهو إذا عرض ابتداءً الشيء البديل كان عرضه صحيحاً مبرئاً للذمة . وقد رأينا في الالتزام التخييري أن الخيار إذا كان للدائن فله أن يطالب بأى من محال الالتزام ، وإذا كان للمدين فله أن يعرض أيّاً منها .

(٢) إذا هلك في الالتزام البدلى الحل الأصلي بسبب أجنبي فقد انقضى الالتزام ، ولا يمنع من انقضائه أن البدل لا يزال قائماً ممكناً تأديته ، ذلك أن محل الالتزام هو الحل الأصلي لا الشيء البديل ، وقد هلك الحل الأصلي فانقضى الالتزام بهلاكه . أما إذا هلك الشيء البديل ، فان الالتزام يبقى قائماً على محله الأصلي ، ولكن المدين يفقد ميزة البدل في الوفاء ، وينقلب الالتزام البدلى التزاماً بسيطاً (١) . وهذا بخلاف الالتزام التخييري ، فانه إذا هلك فيه أحد الشئين محل الالتزام بسبب أجنبي لا ينقضى ، كما ينقضى الالتزام البدلى ، بل تركز المحل في الشيء الآخر .

وهذا هو الفرق أيضاً ما بين الالتزام البدلى والالتزام التخييري فيما إذا كان الحل الأصلي منذ البداية لا يصلح أن يكون محلاً لهلاكه أو لاستحالة أو لعدم توافر أى شرط من شروط المحل فيه ، فيسقط الالتزام البدلى . أما الالتزام التخييري فينقلب إلى التزام بسيط ذى محل واحد ، إذ تركز المحل في الشيء الآخر الذى توافرت فيه شروط المحل (٢) .

(٣) في الالتزام البدلى تتحدد طبيعة الالتزام بطبيعة المحل الأصلي لا بطبيعة الشيء البديل ، فيكون الالتزام البدلى منذ البداية عقاراً أو منقولاً ، قابلاً للتجزئة أو غير قابل لها ، تبعاً لما إذا كان المحل الأصلي عقاراً أو منقولاً ،

(١) انظر في هذا المعنى المادة ٦٩ من تقنين الموجبات والمقود البناني .

(٢) أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٠ ص ٧١ .

أو لما كان قابلاً للتجزئة أو غير قابل لها . كذلك يتحدد اختصاص المحكمة بقيمة المحل الأصلي منذ البداية (١) . وهذا بخلاف الالتزام التخيري ، فقد رأينا أن طبيعته لا تتحدد إلا بعد أن يتم اختيار المحل الذى يكون واجب الأداء، وكذلك لا يتحدد اختصاص المحكمة إلا بتعيين المحل الذى يقع عليه الاختيار .

(٤) الخيار فى الالتزام البدلى هو دائماً للمدين ، أما فى الالتزام التخيري فتارة يكون للمدين وطوراً يكون للدائن ، بل قد يكون لأجنبى (٢) .

(٥) الوفاء فى التزام البدلى ليس له أثر رجعى، ولا يتقلب هذا الالتزام بالوفاء إلى التزام بسيط منذ البداية . وهذا بخلاف الالتزام التخيري ؛ فقد رأينا أن لإعمال حق الخيار فيه يستند إلى الماضى ، ويتقلب الالتزام التخيري إلى التزام بسيط منذ البداية (٣) .

١٠٧ — التمييز بين الالتزام البدلى والشرط الجزائى : قدمنا أن الشرط

الجزائى هو تعويض قدره الطرفان بدلاً من القاضى ، فله إذن طبيعة التعويض . والتعويض ليس بالالتزام تخيرى، لأن الدائن لا يستطيع اختياره إذا عرض المدين

(١) الموجز للمؤلف فقرة ٤٩٨ — الأستاذ أحمد حشمت أبوستيت فقرة ٦٩٦ — الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ٢٠٠ — الأستاذ إسماعيل خانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٩٢ .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى : « ويناط الحكم على طبيعة الالتزام البدلى بالتكليف الأصيل الذى يرد عليه ويعتبر محلاً له على وجه الأفراد ، دون البديل الذى يكون للمدين أن يبرىء ذمته بأدائه . ويتفرع على ذلك أن الالتزام البدلى ينتفى إذا أصبح الوفاء بهذا التكليف الأصيل مستحيلاً قبل إذار المدين بغير خطأ منه ، لكنه يظل على نقيض ذلك قائماً رغم استحالة الوفاء بالبديل (أنظر المادة ٦٩ من التقنين البنى) . وكذلك يرجع فى اعتبار الالتزام البدلى عقارياً أو متقولاً ، وفى النفاذ بشأن هذا الالتزام ، ولا سيما فيما يتعلق بتقدير القيمة والاختصاص ، إلى محله الأصيل دون البديل » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٧ — ص ٤٨) .

(٢) الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ١٩٩ — الأستاذ إسماعيل خانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٩٢ .

(٣) أنظر فى هذه الفروق : أبوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٠ ص ٧٠ — بودى وبارد ٢ فقرة ١٠٥١ — بلانبول وريبير وجابول ٧ فقرة ١٠٥٣ .

التنفيذ العيني ، كما لا يستطيع المدين اختياره إذا اختار الدائن التنفيذ العيني وكان ممكناً . وليس التعويض كذلك بالالتزام الببلى ، فان المدين لا يستطيع أن يؤدى التعويض بدلا من التنفيذ العيني إذا كان التنفيذ العيني لا يزال ممكناً ، وهذا هو الفرق ما بين الالتزام الببلى والشرط الجزائى (١) ، وقد تقدم بيان ذلك .

١٠٨ — الالتزام الببلى والعربون : أما العربون فهو والالتزام

الببلى ، فى رأينا ، سواء ، ولا فرق بينهما إذا كان العربون قد اتفق عليه ليكون وسيلة للرجوع فى العقد لا لتأكيد البتات . ذلك أن العربون فى هذه الحالة يتيح الفرصة للمدين أن يؤديه بدلا من التزامه الأصيل ، فبمجرد تأديته ، ويقوم العربون فى الوفاء مقام المحل الأصيل . فالمشتري مثلا ، إذا كان قد دفع عربوناً ، يكون ملتزماً التزاماً أصلياً بتنفيذ الصفقة فيعطى الثمن ويأخذ المبيع ، ويستطيع أن يرى ذمته من هذا الالتزام بتركه العربون للبائع ، أى بتأدية العربون بدلا عن تأدية المحل الأصيل لالتزامه . وكذلك البائع ، إذا كان قد أخذ عربوناً ، يكون ملتزماً التزاماً أصلياً بتنفيذ الصفقة ، فيعطى المبيع ويأخذ الثمن ، ويستطيع أن يرى ذمته من هذا الالتزام برد العربون ومبلغ معادل له للمشتري ، أى أنه يؤدى المبلغ المعادل للعربون بدلا عن تأدية المحل الأصيل لالتزامه (٢) . وقد سبق أن بينا كل ذلك (٣) .

٢٩ — ثبوت خيار البديل للمدين ومصدر هذا الخيار

١٠٩ — ثبوت خيار البديل للمدين : خيار البديل يكون دائماً للمدين

كما قدمنا ، وهذا بخلاف خيار التعيين فى الالتزام التخيري فقد رأينا أنه قد يكون

(١) جوسران ٢ فقرة ٧٤٨ .

(٢) استئناف مخطط ٦ يناير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٩٥ — وأنظر من هذا الرأى الأستاذ محمود أبو عافية : محاضرات فى الالتزامات ص ١١٥ — وقارن الأستاذين سليمان مرقس ومحمد على إمام فى عقد البيع ص ٦١ — ص ٦٢ .

(٣) الوسيط ١ فقرة ١٤٢ ص ٢٦٢ — ص ٢٦٤ وص ٢٦٤ هامش رقم ١ — الوسيط ٢ فقرة ٤٩٠ .

للمدين أو للدائن أو لأجنبي . وثبوت خيار البديل للمدين مستفاد من تعريف الالتزام البديل ، فهو التزام يستطيع فيه المدين أن يبريء ذمته بوفاء شيء بديل عن المحل الأصلي . فهو وحده — لا الدائن — الذى يختار محل الوفاء ، إذ هو ينفى بالمحل الأصلي ان لم يختار الشيء البديل . أما الدائن فليس له ، كما رأينا ، أن يطالب إلا بالمحل الأصلي ، ومتى أدى له برئت ذمة المدين ، ولا يستطيع الدائن أن يطالب بالبديل عوضاً عن المحل الأصلي .

١١٠ — مصدر خيار البديل : ومصدر خيار البديل ، كمصدر خيار التعين ، هو الاتفاق أو نص فى القانون (١) .

ففى كثير من الأحوال يكون مصدر خيار البديل هو الاتفاق ، ويتحقق ذلك بنوع خاص فى العربون كما قلنا .

وقد يكون مصدر الالتزام البديل نصاً فى القانون ، ونورد أمثلة لذلك :

(١) قضت الفقرة الأولى من المادة ١٢٩ مدنى ، فى حالة استغلال أحد المتعاقدين فى المتعاقد الآخر طيشاً بيناً أو هوى جاعاً ، بأن للقاضى ، بناء على طلب المتعاقد المغبون ، أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد . ثم تضيف الفقرة الثالثة من نفس المادة ما يأتى : « ويجوز فى عقود المعاوضة أن يتوق الطرف الآخر دعوى الإبطال إذا عرض ما يراه القاضى كافياً لرفع الغبن » . ويؤخذ من ذلك أن المتعاقد الذى استغل صاحبه يصبح مديناً بالتزام أصلى ، هو إعادة ما أخذ — بعد إبطال العقد — واسترداد ما دفع . ولكن القانون هياً للمدين هنا بديلاً إذا وفى به قام هذا الوفاء مقام تأدية المحل الأصلى ، فللمدين أن يتوق دعوى الإبطال إذا هو عرض ما يراه للقاضى كافياً لرفع الغبن ، وهذا القدر الكافى لرفع الغبن ليس إلا البديل الذى قرره القانون ليقوم الوفاء به مقام الوفاء بالمحل الأصلى .

(٢) تنص المادة ٤٤١ مدنى على أن « يثبت حق المشتري فى الضمان (ضمان استحقاق المبيع) ولو اعترف وهو حسن النية للأجنبي بحقه أو تصالح معه على هذا

(١) المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٧ .

الحق دون أن ينتظر في ذلك صدور حكم قضائي ، متى كان قد أخطر البائع بالدعوى في الوقت الملائم ودعاه أن يحل محله فيها فلم يفعل . كل ذلك ما لم يثبت البائع أن الأجنبي لم يكن على حق في دعواه . وتضيف المادة ٤٤٢ مدني ما يأتي : « إذا توفى المشتري استحقاق المبيع كله أو بعضه بدفع مبلغ من التقود أو بأداء شيء آخر ، كان للبائع أن يتخلص من نتائج الضمان بأن يرد للمشتري المبلغ الذي دفعه أو قيمة ما أداه مع القوائد القانونية وجميع المصروفات . » . فهنا للمشتري ، بعد استحقاق المبيع ، أن يرجع على البائع بضمان الاستحقاق ، ويصبح البائع مديناً للمشتري بهذا الضمان ، وهذا هو المحل الأصلي لالتزامه . ويستطيع أن يرى ذمته من هذا الدين إذا هو أدى ، بدلا منه ، ما دفعه المشتري للمستحق توفياً لاستحقاق المبيع كله أو بعضه ، ويعتبر هذا الأداء هو الشيء البديل الذي يقوم مقام المحل الأصلي في الوفاء .

(٣) تنص المادة ٤٦٩ فقرة أولى مدني على أنه « إذا كان الحق المتنازع فيه قد نزل عنه صاحبه بمقابل إلى شخص آخر ، فللمتنازل ضده أن يتخلص من المطالبة إذا هو رد إلى المتنازل له الثمن الحقيقي الذي دفعه مع المصروفات وفوائد الثمن من وقت الدفع . » . فهنا المدين بحق متنازع فيه ملتزم التزاماً أصلياً نحو المتنازل له بمحل الدين المتنازل عنه ، وهذا هو المحل الأصلي . ولكنه يستطيع أن يرى ذمته بأداء بديل عن هذا المحل الأصلي ، هو مقدار ما دفعه المتنازل له من ثمن ومصروفات مع فوائد الثمن من وقت الدفع .

(٤) تنص المادة ٨٤٥ مدني على أنه ١ — يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه قد لحقه منها غبن يزيد على الخمس ، على أن تكون العبرة في التقدير بقيمة الشيء وقت القسمة . ٢ — ويجب أن ترفع الدعوى خلال السنة التالية للقسمة . وللمدعي عليه أن يقف سيرها ويمنع القسمة من جديد إذا أكل للمدعي نقداً أو عيناً ما نقص من حصته . » . فهنا المتقاسم الذي غبن المتقاسم معه بأكثر من الخمس ملتزم التزاماً أصلياً بأن يرد العين المقسومة إلى الشيوخ بعد نقض القسمة . ولكن القانون هياً له لبديلاً من هذا المحل الأصلي لالتزامه ، هو أن يكمل للمتقاسم المغبون نقداً أو عيناً ما نقص من حصته ، فإذا أدى ما نقص قام الوفاء به مقام الوفاء بالمحل الأصلي .

(٥) تنص المادة ١١١٩ مدنى فقرة أولى على أنه : إذا كان الشيء المرهون مههدداً بالهلاك أو التلف أو نقص القيمة بحيث يخشى أن يصبح غير كاف لضمان حق الدائن ولم يطلب الراهن رده إليه مقابل شيء آخر يقوم بدله ، جاز للدائن أو الراهن أن يطلب من القاضى الترخيص له فى بيعه بالمزاد العلنى أو بسعره فى البورصة أو السوق . فإذا اقتصرنا على التزام الراهن هنا (١) ، وجدنا أن الراهن ملتزم التزاماً أصلياً ببيع العين المرهونة رهن حيازة فوراً بالمزاد أو بسعر البورصة أو السوق ، بناء على ترخيص القاضى ، لينتقل حق الدائن من العين المرهونة إلى ثمنها (م ١١١٩ فقرة ثانية) . ولكن القانون هياً له بديلاً من ذلك ، هو أن يقدم بدل العين المرهونة عيناً أخرى تكون كافية لضمان حق الدائن ، ومتى قدم هذه العين قام تقديمه لها مقام تنفيذ الالتزام الأصيل (٢).

(١) إذ يلاحظ أن لراهن حقاً كما أن عليه التزاماً . فمن حقه أن يطالب هو ببيع العين المرهونة خوفاً عليها من التلف ، إذا تأخر الدائن فى التقديم بهذا الطلب .

(٢) أما ما قصت به المادة ٢٧٣ مدنى من أن المدين ، إذا ضعف التأمين لسيب أجنبى ، يلتزم بدفع الدين فوراً أو بتقديم تأمين ، فهذا التزام تخييرى الخيار فيه للمدين كما سبق القول . وما ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣١ و ص ٤٧) من أنه التزام بدلى فغير صحيح ، وقد تقدمت الإشارة إلى ذلك (أنظر آنفاً فقرة ٧٣ و فقرة ٩٢) .

هذا وقد أنشأ القانون الفرنسى بمصاً من الالتزامات البديلية ، والمقابل لها فى القانون المصرى التزامات تخيرية لا بدلية (أنظر المادة ١٦٨١ من التقنين المدنى الفرنسى وتقابلها المادة ٤٢٥ من التقنين المدنى المصرى ، وأنظر المادة ١٢٠ من التقنين التجارى الفرنسى وتقابلها المادة ١١٩ من التقنين التجارى المصرى) : أنظر بودرى وبارد ٢ فقرة ١٠٤٩ .

وقد يكون البديل أكثر من شيء واحد ، ويكون للمدين أن يختار من هذه الأبدال البديل الذى يرتضيه عوضاً عن الوفاء بالحل الأصيل ، فالالتزام هنا يكون بدلياً من ناحية الوفاء وتخييرياً من ناحية البديل . ونجد فى المادة ١٠٧٢ مدنى مثلاً لذلك ، فهى تنص على أنه : إذا لم يجتز الحائز أن يقضى الديون المقيدة ، أو يظهر المقار من الرهن ، أو يتدخل عن هذا المقار ، فلا يجوز للدائن المرتهن أن يتخذ فى مواجهته إجراءات نزع الملكية وفقاً لأحكام قانون المرافعات إلا بعد إنذاره بدفع الدين المستحق أو تخلية المقار . ويكون الإنذار بعد التنبيه على المدين بنزع الملكية أو مع هذا التنبيه فى وقت واحد . ويستفاد من هذا النص أن الحائز للمقار المرهون يكون ملتزماً التزاماً أصلياً بتحمل إجراءات نزع الملكية (أنظر أنسيكلويدى دالوز ٣ لفظ obligation فقرة ٦١ - الموجز المؤلف فقرة ٤٩٧ ص ٥٠٤ هامش رقم ٢) . وله أن يفتنى ذلك ببديل ، وهذا البديل أمر من أمور ثلاثة : (١) قضاء الدين المضمون بالرهن (٢) تطهير المقار المرهون (٣) التخل عنه . فهنا البديل تخييرى ، والمدين أن يختار ما بين هذه الأمور الثلاثة ، إذا لم يرغب فى الوفاء بالحل الأصيل وهو تحمل إجراءات نزع الملكية .

الفرع الثانى

أحكام الالتزام البديل

١١١ - تعيين محل الأداء وتحمل التبعة : بالرغم من أهمية الالتزام البديل ، فإن أحكامه ليست من التعقيد بالقدر الذى رأيناه فى أحكام الالتزام التخييرى . لذلك لن يطول القول فى تعيين محل الأداء وفى أحكام الهلاك فى الالتزام البديل ، كما طال فى الالتزام التخييرى .

§ ١ - تعيين محل الاداء

١١٢ - ما الذى يطالب به المراجع : ليس للدائن أن يطالب فى الالتزام البديل ، كما رأينا ، إلا بالمحل الأصل . وليس له أن يطالب بالبديل ، فإن هذا البديل ليس محلاً للالتزام حتى تجوز المطالبة به .

ومن ثم تتعين منذ البداية طبيعة الالتزام البديل ، فهو عقار أو منقول بحسب طبيعة المحل الأصل ، وهو قابل للتجزئة أو غير قابل لما بحسب طبيعة هذا المحل أيضاً ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

ويتعين كذلك اختصاص المحكمة منذ البداية ، فالدائن يطالب بالمحل الأصل إذا كان عقاراً أمام محكمة العقار وتبعاً لقيمة هذا الشيء ؛ حتى لو كان البديل منقولاً وأياً كانت قيمة هذا البديل .

١١٣ - ما الذى يرفع المراجع : أما الذى يدفعه المدين فهو فى الأصل أيضاً المحل الأصل الذى يطالب به الدائن . ولكنه يستطيع ، كما قدمنا ، أن يرىء ذمته بدفع البديل ، ومتى دفعه فقد انقضى الالتزام .

ولكن لا يجوز للمدين أن يدفع جزءاً من المحل الأصل وجزءاً من البديل ، كما لا يجوز ذلك فى الالتزام التخييرى . والدائن أن يرفض الوفاء على هذا الوجه ، فاما أن يأخذ المحل الأصل بأكمله ، وإما أن يأخذ البديل بأكمله .

وإذا مات الدائن ، فليس لورثته المطالبة إلا بالحل الأصلي كورثهم ، ولكن يجوز للمدين أن يفي لهم بالبديل كما كان يستطيع ذلك مع مورثهم . أما إذا مات المدين ، فإن لورثته الحق في الوفاء بالبديل وتبرأ التركة من الدين بالوفاء به ، كما كان المدين يستطيع ذلك حين حياته (١) .

وإذا كان الالتزام البدلي التزاماً زمنياً أو دورياً ، فإن المدين يستطيع في كل أداء أن يفي بالبديل عوضاً عن الحل الأصلي أو يؤدي الحل الأصلي كما يشاء . وإذا وفى بالبديل مرة ، فله أن يؤدي الحل الأصلي مرة ثانية ، ثم يوفى بالبديل مرة ثالثة ، وهكذا . وذلك كله ما لم يتبين من إرادة الطرفين ومن الظروف والملايسات أن المدين إذا أدى الحل الأصلي أو وفى بالبديل مرة فقد تعقد بذلك في المرات الأخرى المتعاقبة .

وإذا أعلن المدين إرادته أنه يريد الوفاء بالبديل دون أن يدفعه بالفعل ، فإن ذلك لا يمنعه عند الوفاء من أن يؤدي الحل الأصلي ، ذلك أنه لا يتحدد محل الوفاء إلا عند الوفاء الفعلي . كذلك إذا أعلن قبل الوفاء أنه يؤدي الحل الأصلي ، فلا يمنعه ذلك من أن يوفى بالبديل عند الوفاء .

ولا يمكن القول ، إذا وفى المدين بالبديل ، أن محل الالتزام قد تبديل فأصبح هو الشيء البديل عوضاً عن المحل الأصلي . بل إن الالتزام ، يبقى على محله الأصلي ، ويعتبر الوفاء بالبديل بمثابة الوفاء بمقابل ، ولا يقوم البديل مقام المحل الأصلي في المحلية ، وإنما يقوم مقامه في الوفاء وحده . ونرى من ذلك أنه لا محل لبحث الاستناد في حالة الالتزام البدلي ، ولا يمكن القول إن الوفاء بالبديل يقلب الالتزام البدلي إلى التزام بسيط محله البديل منذ البداية ، بل إن الالتزام

(١) وإذا كان الحل الأصلي غير قابل للتجزئة ، فإن البديل لا ينقسم على ورثة المدين حتى لو كان قابلاً للتجزئة . فلو التزم المدين بالإيراد أن يسقى رهنًا لشهاته وإلا رد رأس المال ، فإن إعطاء الرهن يكون هو الحل الأصلي ورد رأس المال هو البديل . ولما كان الرهن لا يتجزأ ، فإن البديل وهو رد رأس المال لا يتجزأ أيضاً وإن كان قابلاً للتجزئة . ومن ثم فإن ورثة المدين إذا اختاروا الوفاء بالبديل عوضاً عن الحل الأصلي ، فأرادوا رد رأس المال بجملاً لا إعطاء الرهن وجب أن يردوا رأس المال كاملاً دون أن يتجزأ عليهم (أنسيكلويس دالووز ٣ نلف Obligation بقرة ٦٣) .

البديل يبقى بالرغم من الوفاء بالبديل التزاماً بديلاً ، وليس البديل إلا مقابلاً للوفاء فيه .

٢٥ - احكام الهلاك

١١٤ - **هولك المحل الاصلى** : إذا هلك المحل الاصلى بسبب أجنبي ،

فقد انقضى الالتزام وبرئت ذمة المدين . ولا تتركز المحلية في البديل ، كما تركزت ، فيما يتعلق بالالتزام التخييري ، في الشيء الباقي على ما أسلفنا .

أما إذا هلك المحل الاصلى بخطأ المدين ، فإن الدائن لا يطالب المدين إلا بالتعويض عن هذا المحل ، دون أن يستطيع المطالبة بالبديل ، فليس البديل كما قلنا محلاً للالتزام . وإنما يجوز للمدين أن يتوق دفع التعويض بأن يوفى بالبديل ، فيبرىء هذا الوفاء ذمته من الدين ، وقد كان قادراً على أن يفعل ذلك قبل هلاك المحل الاصلى ، فهو على فعله بعد الهلاك أقدر .

وإذا هلك البديل بعد هلاك المحل الاصلى ، سواء كان هلاك البديل خطأ المدين أو بغير خطأ ، فإن الواجب على المدين هو التعويض عن المحل الاصلى لا التعويض عن البديل ، فإن المحل الاصلى هو وحده محل الالتزام ، والبديل لا يقوم مقامه في الوفاء إلا إذا كان موجوداً .

وإذا هلك المحل الاصلى خطأ الدائن ، فإن الدائن يكون بمثابة من استوفى حقّه . ولكن يجوز للمدين في هذه الحالة أن يوفى بالبديل ، ثم يطالب الدائن بقيمة المحل الاصلى الذى هلك بخطأه .

١١٥ - **هولك البديل** : أما إذا هلك البديل بسبب أجنبي أو خطأ

المدين ، فإن الالتزام لا ينتفى كما قلنا ، بل يبقى قائماً على محله الاصلى . فإن المحل الاصلى وحده هو محل الالتزام ، وهو باق فيبقى معه الالتزام . ولكن الالتزام البديل يتقلب بهلاك البديل التزاماً بسيطاً ، ليس له بديل عند الوفاء .

وإذا هلك المحل الأصلي بعد هلاك البديل ، فإن كان هلاك المحل الأصلي بسبب أجنبي فقد انقضى الالتزام ، وإن كان بخطأ المدين فإن الدائن يتقاضى قيمة المحل الأصلي لقيمة البديل على النحو الذى يبيناه فيما تقدم .

وإذا هلك البديل بخطأ الدائن ، بقى الالتزام قائماً ، على محله الأصلي ، فيطالب الدائن المدين بهذا المحل ، ويرجع المدين على الدائن بقيمة البديل الذى هلك بخطأه . ولكن لما كان المدين يستطيع أن يوفى بالبديل عوضاً عن المحل الأصلي ، فإنه فى هذه الحالة يستطيع أن يمتنع عن الوفاء بالمحل الأصلي وأن يعتبر نفسه قد وفى الدين بالبديل ، إذ أن الدائن بعد أن أهلك البديل بخطأه يكون بمثابة من استوفاه .

الباب الثالث

تعدد طرفي الالتزام

١١٦ - صور التعدد - الالتزام متعدد الأطراف والالتزام

التضامني والالتزام غير القابل للتقسام : قد يلحق الالتزام وصف التعدد في طرفيه ، أحدهما أو كليهما . ولهذا التعدد صور ثلاث :

(١) فاما أن يتعدد طرفا الالتزام أو أحدهما في غير تضامن ما بين الأطراف المتعدين ، فيتعدد الدائن ، أو يتعدد المدين ، أو يتعدد كل من الدائن والمدين ، دون أن تربط الأطراف المتعدين رابطة خاصة تجعلهم متضامنين في الحق أو في الدين . ويسمى الالتزام في هذه الحالة بالالتزام متعدد الأطراف (obligation conjointe) .

(٢) وإما أن يتعدد طرفا الالتزام أو أحدهما في تضامن ما بين الأطراف المتعدين . ويسمى الالتزام في هذه الحالة بالالتزام التضامني (obligation solidaire) . فإذا كان المتعدد هو الدائن ، كان هناك تضامن ما بين الدائنين وهو تضامن إيجابي (solidarité active) . أما إذا كان المتعدد هو المدين ، وهذا هو الغالب ، كان هناك تضامن ما بين المدينين وهو تضامن سلبي (solidarité passive) .

(٣) وإما أن يتعدد طرفا الالتزام أو أحدهما في التزام لا يتجزأ تنفيذه . ويسمى الالتزام في هذه الحالة بالالتزام غير القابل للتقسام (obligation indivisible) (١) .

(١) وهناك التزام متعدد أطرافه لا على سبيل الجمع بل على سبيل التخيير ، فيكون الدائن متممداً على أن يكون أحد هؤلاء المتعدين دون الباقي هو الدائن وحده ، أو يكون المدين متممداً على أن يكون أحد هؤلاء المتعدين دون الباقي هو المدين وحده — ويسمى الالتزام الذي تتمدد أطرافه على سبيل التخيير بالالتزام التخييري الطرف ، ويدعى في فرنسا بعبارة (Obligation -

والصورتان الثانية والثالثة — التضامن وعدم القابلية للانقسام — لا يتحققان بمجرد تعدد الأطراف ، بل لابد من توافر شروط خاصة لتحقيق كل منهما . أما الصورة الأولى فتتحقق بمجرد تعدد طرق الالتزام الناشئ من مصدر واحد . ومن ثم كان الأصل في الالتزام الذي تتعدد أطرافه أن يكون التزاماً متعدد الأطراف ، لا التزاماً تضامنياً ولا التزاماً غير قابل للانقسام . فالتضامن وعدم القابلية للانقسام لا يفترضان ، بل لابد لهما من شروط خاصة كما قدمنا . على أن الغالب الذي يكثر وقوعه في العمل هو الالتزام التضامني ثم الالتزام غير القابل للانقسام .

ونبحث في فصول ثلاثة متعاقبة الالتزام متعدد الأطراف والالتزام التضامني والالتزام غير القابل للانقسام .

= disjointe) . فكما يتعدد المحل في الالتزام التخييري المحل على أن يكون أحد المحال المتعددة هو وحده محل الالتزام ، كذلك تتعدد الأطراف في الالتزام التخييري الطرف على أن يكون أحد الأطراف المتعددة هو وحده الدائن أو المدين . ويتحقق ذلك أكثرما يتحقق في الوصية ، فيوصي الشخص لفلان ثم لفلان إن مات الأول قبله . على أنه نادر الوقوع في العمل ، ولم يبحث في فرنسا إلا بعض فقهاء القرن التاسع عشر (أنظر ديمولومب ٢٦ فقرة ١٠١ — فقرة ١٠٤ — وأنظر في المني الذي قدمناه بودري وبارد ٢ فقرة ١١٠٧ ص ٢٤٤ هامش رقم ١) . هذا ولا يوجد ما يمنع من أن يجمع الالتزام أوصافاً عدة ، فيكون التزاماً شرطياً ويكون في الوقت ذاته تخييرياً من حيث المحل وتضامنياً من حيث الأطراف (دى باح ٣ فقرة ٢٨٧)

الفصل الأول

الالتزام متعدد الأطراف

(Obligation conjointe)

١١٧ - **وعدة المصدر وتعدد الأثر** : إذا تعدد في الالتزام طرفه ولم تتحقق فيه شروط التضامن أو شروط عدم القابلية للإنقسام ، كان التزاماً متعدد الأطراف كما قدمنا . والالتزام متعدد الأطراف هو التزام واحد من حيث المصدر ، متعدد من حيث الأثر فينقسم على أطرافه . وهذا بخلاف الالتزام التخييري ، فهو واحد من حيث المصدر وواحد أيضاً من حيث الأثر فيتوحد بالنسبة إلى محله (١) .

فتتكمّل إذن في الالتزام متعدد الأطراف من حيث مصدر التعدد ومن حيث الأثر الذي يترتب على هذا التعدد .

١٥ - مصدر التعدد في الالتزام متعدد الأطراف

١١٨ - **القانون والارادة** : أكثر ما يكون مصدراً لتعدد الأطراف في الالتزام هو القانون ، سواء في ذلك تعدد الدائنين أو تعدد المدينين . ولكن قد لا يكون القانون هو مصدر التعدد ، بل يكون المصدر هو إرادة طرفي الالتزام .

١١٩ - **القانون مصدر التعدد** : ويقع ذلك أكثر ما يقع في الميراث . فان الدائن إذا مات آل الحق الذي له في ذمة مدينه إلى ورثته ، ويكونون في أكثر الأحوال متعددين . فيصبح الحق ، بعد أن كان له دائن واحد ، له دائنون

(١) أنظر في هذا المعنى دى باج ٣ ص ٢٨٠ هامش رقم ٢ .

متعددون هم الورثة ، وسرى أن الحق في هذه الحالة يتقسم على الورثة كل بقدر نصيبه في الميراث (١) . كذلك إذا مات المدين وترك ورثة متعددين ، فإن الدين — في القانون الفرنسي لا في الشريعة الإسلامية (٢) — ينتقل إلى ورثته ، فيصبح ذا مدينين متعددين يتقسم عليهم الدين كل بقدر نصيبه في الميراث .

(١) وهذه حالة من حالات الدين المشترك في الفقه الإسلامي ، ونظام الدين المشترك أخذه به التقنين المدني العراقي دون التقنين المدني المصري كما سرى .

(٢) ومع ذلك يصور الأستاذ إسماعيل غانم انتقال الديون إلى ورثة المدين في الشريعة الإسلامية على النحو الآتي : « إن أموال المورث وديونه تنتقل جميعاً إلى الوارث بمجرد الوفاة فيصبح مالكاً لتلك الأموال ومديناً بالديون . غير أن مسؤوليته عن هذه الديون ليست مسئولية شخصية تمتد إلى كافة أمواله الموروثة منها وغير الموروثة ، وإنما هي مسئولية عينية محددة تنحصر فيما تلقاه عن مورثه من أموال ، فتنتقل إليه هذه الأموال محملة بحق عيني تبقي لمصلحة الدائنين بخلاف لم استيفاء ديونهم منها بالأفضلية على دائني الوارث الشخصيين ، كما يخول لم تتبع تلك الأموال إذا تصرف فيها الوارث قبل سداد ديونهم » (أحكام الالتزام بقرة ١٩ ص ٣١ — ورسالته في اللغة المالية بقرة ٢٦ — بقرة ٣٢) . ثم يقول في موضع آخر : « تطبق القاعدة ذاتها (قاعدة انقسام الدين) في القانون الفرنسي إذا توفي المدين من عدة ورثة ، فينقسم الدين بينهم كل بقدر حصته في التركة . أما في القانون المصري ، فلا يخضع الدين لقاعدة الانقسام . ويفسر ذلك عادة بأن الديون لا تنتقل إلى الورثة أصلاً ، بل تكون التركة هي المدينة على أساس بقاء الديون متعلقة بقمة المورث ، فيفترض استمرار ذمت بعد وفاته إلى أن تسوى ديونه من أمواله . وقد سبقت الإشارة إلى أن التفسير الصحيح لمركز الوارث في القانون المصري يقتضي التسليم بأن أموال المتوفى وديونه تنتقل إلى الورثة بمجرد الوفاة ، ولكن ذلك لا يعني أن الالتزام ينقسم بين الورثة في علاقتهم بالدائن ، فن المسلم أن الورثة ، ومسئوليتهم عن ديون المورث مسئولية عينية محددة بالأموال التي تركها ، لا يطلقون تلك الأموال خالصة ، بل محملة بحق عيني تبقي يكفل للدائنين تتبع أعيان التركة والأولوية في استيفاء حقوقهم منها . والقاعدة أن الحق العيني التبقي لا يقبل التجزئة ، وعلى ذلك فلدائن أن يرجع بحقه كاملاً على أي مان من أموال التركة . فإذا اقتسم الورثة أموال التركة ، فاختص أحدهم بعين معينة تعادل حصته في الميراث ، فلدائن رغم ذلك أن يستوفى حقه كاملاً من تلك العين بوصفها محملة بحق عيني تبقي يكفل له ضماناً لا يقبل التجزئة . وليس للوارث ، إذا وفي الدين كاملاً أو استوفى الدين جبراً عليه من العين التي اختص بها في القسمة ، إلا أن يرجع على الورثة الآخرين بما زاد عن حصته في الدين » (أحكام الالتزام ص ٢٧٢ هامش رقم ١) . ويبدو أن الأستاذ إسماعيل غانم يذهب إلى أن الدين في الشريعة الإسلامية ينتقل إلى الوارث بعنصره من مديونية ومسئولية ، ولكن المسئولية محدودة بإصابة الوارث من مال التركة ، أما عدم انقسام الدين على ورثة المدين فيرجع إلى هذا الحق العيني التبقي الذي يظل كل أموال التركة وهو حق غير قابل للانقسام .

وقد ينص القانون ، في غير الميراث ، على تعدد أطراف الالتزام . من ذلك ما تقتضيه الفقرة الأولى من المادة ٥٢٣ مدني ، فهي تنص على ما يأتي :

« إذا لم تف أموال الشركة بديونها ، كان الشركاء مسئولين عن هذه الديون في أموالهم الخاصة ، كل منهم بنسبة نصيبه في خسائر الشركة ، ما لم يوجد اتفاق على نسبة أخرى . ويكون باطلا كل اتفاق يعفى الشريك من المسؤولية عن ديون الشركة » .

فهذا نص يجعل لالتزام الشركة المدينة — إلى جانب المدين الأصلي وهو الشركة — مدينين متعددين هم الشركاء ، وقد جعلهم النص مسئولين ، عندما لا تفي أموال الشركة بوفاء الالتزام ، في أموالهم الخاصة كل بقدر نصيبه في الخسارة . وكان الأصل ألا يكون هؤلاء الشركاء مسئولين عن ديون الشركة في أموالهم الخاصة ، لأن الشركة شخص معنوي وهو وحده المسئول عن ديونه ، لولا النص الذي أوردناه . وما دام القانون قد أوجد هؤلاء المدينين المتعددین ، فالأصل ألا يكون بينهم تضامن وأن يتقسم الالتزام عليهم . وهذا حكم يستمد من المبادئ العامة ، دون حاجة إلى أن ينص عليه القانون . غير أن المادة التالية ، وهي المادة ٥٢٤ مدني ، أكدت هذا الحكم مع تحوير فيه إذ قضت بما يأتي :

« ١ — لا تضامن بين الشركاء فيما يلزم كلا منهم من ديون الشركة ، ما لم يتفق على خلاف ذلك . ٢ — غير أنه إذا أعسر أحد الشركاء ، وزعت حصته في الدين على الباقيين كل بقدر نصيبه في الخسارة » . فهنا نص القانون صراحة على عدم التضامن بين المدينين المتعددین ، ولكنه استبعد نتيجة هامة من نتائج عدم التضامن . ذلك أن عدم التضامن من المدينين يؤدي إلى انقسام الدين عليهم ، فإذا أعسر أحدهم لم يتحمل الباقي هذا الإعسار ، ويتحمله الدائن . ولكن النص يقضي صراحة بأن المدينين يكونون مسئولين عن إعسار أي منهم ، بالرغم من انقسام الالتزام عليهم . فإذا أعسر أحدهم وزعت حصته على الباقيين ، كل بقدر نصيبه في تحمل الخسارة .

ويلاحظ في الأمثلة المتقدمة أن الدين نشأ ابتداء لصالح دائن واحد أو في ذمة مدين واحد ، ثم خلفه عليه الورثة أو الشركاء فتعدد الدائتون أو المدينون . ويصح أن ينشأ الدين منذ البداية لصالح دائنين متعددين أو في ذمة مدينين

متعديدين . فاذا قبض أحد الورثة غلة التركة ، كان مديناً لسائر الورثة بأنصبتهم في هذه الغلة ، فينشأ الدين ابتداء لصالح دائتين متعدديين . وإذا أوصى شخص بمبلغ من النقود لآخر يأخذه من تركته ، فإن الورثة وهم يمثلون التركة يكونون مدينين متعددين منذ البداية في هذا الالتزام الموصى به .

١٢٠ - الإرادة مصدر التعهد : وقد تكون الإرادة هي مصدر

تعدد الدائنين أو المدينين . فاذا باع الشركاء في الشيوع الدار التي بينهم ، أو باعت الورثة عيناً من أعيان التركة ، فالأصل أن يكون للالتزام بالثمن الذي نشأ في ذمة المشتري دائتونه متعددون ، هم الشركاء في الشيوع أو الورثة ، وما لم يشترط هؤلاء الدائنون التضامن فيما بينهم انقسم الحق عليهم كل بنسبة نصيبه في المبيع . وسنرى أن هذه هي إحدى حالات الدين المشترك في الفقه الإسلامي ، ولكن التقنين المدني المصري بخلاف التقنين المدني العراقي لم يأخذ بنظام الدين المشترك ، فينقسم الدين على الدائنين كما قلنا . وإذا اشترى عدة أشخاص داراً واحدة على الشيوع صفقة واحدة ، فإن الالتزام بالثمن يكون له مدينون متعددون هم هؤلاء المشترون ، وينقسم الالتزام عليهم كل بقدر نصيبه في الدار ، ولا يكون هناك تضامن بينهم إلا إذا اشترطه البائع عليهم .

ويلاحظ في الأمثلة المتقدمة - حيث كان مصدر تعدد الدائنين أو المدينين هي الإرادة - أن الدين قد نشأ وله أطراف متعددون منذ البداية .

٢٩ - الأثر الذي يترتب على التعدد في الالتزام متعدد الأطراف

١٢١ - انقسام الالتزام على أطرافه : الأثر الذي يترتب على

التعدد ، إذا كان الالتزام متعدد الدائنين أو متعدد المدينين دون تضامن فيما بينهم ، أن الالتزام ينقسم بحكم القانون على الدائنين المتعديدين أو على المدينين المتعديدين ، كل بالقدر المتفق عليه أو بالقدر الذي يعينه القانون . فالاتفاق يعين نصيب كل مشتر من المشترين المتعديدين للدار إذا اشتروها صفقة واحدة دون تضامن فيما بينهم ، فيلتزم كل منهم بحصة من الثمن تساوي مقدار نصيبه

في الدار حسب الاتفاق الذي يتم بينهم . والقانون يعين نصيب كل وارث ، إذا ورث الجميع ديناً لصالح الشركة (١) . فإذا لم يعين الاتفاق أو القانون نصيب كل من الدائنين أو المدينين المتعددين ، لم يبق إلا أن ينقسم الالتزام عليهم بحسب الرؤوس أى بأنصبة متساوية (٢) .

ومتى انقسم الالتزام على الدائنين أو المدينين المتعددين ، أصبح بموجب هذا الانقسام التزامات متعددة لصالح الدائنين المتعددين أو في ذمة المدينين المتعددين ، ويكون كل التزام من هذه الالتزامات المتعددة مستقلاً عن الالتزامات الأخرى (٣) .

١٢٢ - النتائج التي تترتب على انقسام الالتزام : وتترتب على

انقسام الالتزام وصيرورته التزامات متعددة مستقلة على النحو الذي بسطناه نتائج هامة ، نذكر منها :

أولاً - إذا انقسم الالتزام على دائنين متعددين :

(١) كل دائن لا يستطيع أن يطالب المدين إلا بنصيبه ، ولا يستطيع المدين أن يدفع له أكثر من نصيبه .

(١) أما بالنسبة إلى ورثة المدين ، فالدين في الشريعة الإسلامية لا ينقسم على هؤلاء الورثة ، وقد تقدم ذكر ذلك .

(٢) ويلاحظ أن الدين ينقسم بحسب نصيب كل من الأطراف أو بأنصبة متساوية ، لا بحسب في علاقة الدائنين بالمدين أو علاقة المدينين بالدائن ، بل أيضاً فيما بين الدائنين أو فيما بين المدينين بعضهم مع بعض ، أى أن نصيب كل منهم في الالتزام بالدين (obligation à la dette) معادل لنصيبه في المساهمة فيه (contribution à la dette) . وسرى في الالتزام التضامني وفي الالتزام غير القابل للانقسام أن النصيب في الالتزام بالدين قد يختلف عن النصيب في المساهمة فيه (دى باج ٣ فقرة ٢٩١) . عل أنه يجوز ، في الالتزام متعدد الأطراف ، الاتفاق على أن يكون النصيب في الالتزام بالدين غير النصيب في المساهمة فيه (دى باج ٣ فقرة ٢٨٩ ص ٢٨٢) . ويجوز أن ينشأ من العقد الواحد التزامات عدة ، بعضها قابل للانقسام وبعضها غير قابل له ، فإذا اشترى شخصان داراً صفقة واحدة ، فإن الالتزام بالتأمين يكون قابلاً للانقسام ، أما الالتزام بتسليم الدار فإنه يكون غير قابل له (دى باج ٣ فقرة ٢٨٩ ص ٢٨٢) .

(٣) على أن هذا الاستقلال لا يكون كاملاً من بعض الوجوه التفصيلية (أنظر في ذلك بوردى وبارد ٢ فقرة ١١١ - ديجولومب ٢٩ فقرة ١١٣ - فقرة ١١٤) .

(٢) قطع التقادم أو وقفه أو الإعذار أو المطالبة القضائية، إذا تم من جانب أحد الدائنين ، يسرى أثره بالنسبة إليه وحده دون غيره من الدائنين الآخرين ، فينتقطع التقادم أو يقف لصالحه وحده . ويعتبر المدين معزراً بالنسبة إليه وحده ، وتسرى فوائد التأخير المترتبة على المطالبة القضائية له وحده .

(٣) إذا أبطل الدين أو فسخ أو انقضى بالنسبة إلى أحد الدائنين ، لم يؤثر ذلك في حقوق الباقيين ، بل يبقى كل منهم دائناً بقدر نصيبه ، ولا ينتقل إليهم نصيب الدائن الذي أبطل دينه أو فسخ .

(٤) إذا وفى المدين أحد الدائنين ثم أعسر ، لم يرجع باقى الدائنين الذين لم يستوفوا أنصبتهم على الدائن الذى استوفى نصيبه ، إذ كل حق مستقل عن الحقوق الأخرى كما قدمنا .

ثانياً - إذا انقسم الالتزام على مدينين متعددين :

(١) كل مدين لا يكون ملتزماً إلا بنصيبه ، ولا يستطيع الدائن أن يطالبه بأكثر من ذلك .

(٢) قطع التقادم أو وقفه أو الإعذار أو المطالبة القضائية ، إذا تم ضد أحد المدينين ، يقتصر أثره على هذا المدين ولا يتعداه إلى المدينين الآخرين .

(٣) إذا أبطل دين أحد المدينين أو فسخ أو انقضى أو ارتكب أحد المدينين خطأ ، فإن أثر ذلك يقتصر على هذا المدين ، فلا يكون المدينون الآخرون مسئولين عن نصيب من أبطل دينه أو فسخ أو يكونون مسئولين عن خطأه . وإذا كان هناك شرط جزائى يتناول جميع الدين ، فالمسئولون من المدينين بموجب هذا الشرط الجزائى هو وحده الذى يطالب به بمقتدار نصيبه منه فقط .

(٤) إذا أعسر أحد المدينين ، لم يتحمل إعساره الباقيون ، والدائن هو الذى يتحمل هذا الإعسار (١) .

(١) أنظر فى كل هذه النتائج أوربى ورو ٤ فقرة ٢٩٨ ص ٢٣ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١١١٢ — فقرة ١١١٣ — بلانيول وديبير وجابول ٧ فقرة ١٠٥٧ — دى باج ٣ فقرة ٢٩٠ .

وانقسام الدين ، بما يجز من النتائج على النحو المتقدم . يجعل الدين ضعيف الأثر . ومن ثم يؤثر الناس عند التعامل توفى هذه النتائج ، باسـترات أن يكون الالتزام تضامنياً أو غير قابل للانقسام (١) .

= وقد ورد في تقنين الموجبات والمقود البتاني من النصوص في هذا الصدد ما يأتي :

م ٩ : يجوز أن يختص الموجب الواحد بعدة أشخاص موجب لهم أو موجب عليهم . وتقسم الموجبات من هذا القبيل إلى موجبات متقارنة وموجبات متضامنة .

م ١٠ : إن توزيع المنافع والتكاليف في الموجبات المتقارنة يتم حتماً على قاعدة المساواة بين الدائنين والمدينين ، ما لم يكن المقدر يقضى بخلاف ذلك . فيكون في الحقيقة عدد الديون بقدر عدد الدائنين أو المدينين ، وهو الأمر الذي يجب الاعتداد به ، ولا سيما في : ١ - ما يتعلق بحق المدعاة ، إذ لا يمكن أحد الدائنين أن يستعمل هذا الحق ، كما لا يمكن استعماله على أحد المدينين ، إلا بقدر النصيب الذي يكون للدائن أو النصيب الذي يكون على المدين من ذلك الموجب . ٢ - ما يختص بإنذار كل من المدينين أو بنسبة الخطأ إليه ، فإن الإنذار ونسبة الخطأ يبان في شأن كل مدين على حدة . ٣ - ما يتعلق بتقدير أحوال البطلان التي يمكن أن تكون شخصية لكل ذي شأن في الموجب . ٤ - ما يختص بالأعمال التي تقطع حكم مرور الزمن بالأسباب التي توقف سريانه .

(١) دى باج ٣ ققرة ٢٩٠ .

الفصل الثاني

الالتزام التضامني^(*)

(obligation solidaire)

١٢٣ — التضامن بين الرأبىب والتضامن بين المرئىبىب : قءمنا أن الطرف المتعدد فى الالتزام التضامنى قد يكون هو الدائن فىكون هناك تضامن بين الدائىبىب ، وقد يكون هو المءىب فىكون هناك تضامن بين المءىبىب . والتضامن بين المءىبىب هو الأكثر وقوعاً فى العمل .

وسواء كان التضامن بين الدائىبىب أو بين المءىبىب ، فهو أءء طرق الضمان للءىب ، بل هو أبلى فى الضمان من الكفالة . ذلك أن الدائن فى الكفالة — إءا

(*) مراجع : بىلون (Pilon) فى النظرىة العامة فى النىابة فى الالتزامات رسالة من كان سنة ١٨٩٧ — بوانىء (Ioanid) فى التضامن الناقص رسالة من بارىس سنة ١٩٠٢ — ءىشون (Duchon) فى النىابة فى التضامن رسالة من بارىس سنة ١٩٠٧ — هامل (Hamel) رسالة من برانىىة سنة ١٩٠٨ — أوءىنو (Oudinot) فى النىابة الناقصة فى القانون الفرنسى رسالة من بارىس سنة ١٩٠٩ — هواىج هاى (Huang-Hai) فى التضامن السلبى رسالة من بارىس سنة ١٩٣٤ — فرانسوا (I. François) فى التمىز بين الالتزام التضامنى والالتزام التضامنى (in solidum) رسالة من بارىس سنة ١٩٣٦ — ءراكىءىس (Drakidis) فى المءء القاضى بأن التضامن لا يفترض رسالة من بارىس سنة ١٩٣٩ . هرفىة (Hervé) فى التضامن وعدم القابلىة للانقسام والكفالة رسالة من بورءو سنة ١٩٤٠ — كاىزر (Kayser) رسائل فى التضامن فى المسئولىة عن العمل غير المشروع المءلة الانتقءىة سنة ١٩٣١ ص ١٩٧ — فانسان (Vincent) توسع القضاء فى فكرة التضامن السلبى المءلة الفصلىة للقانون المءنى سنة ١٩٣٩ ص ٦٠١ .

أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٩٨ وما بءءا — بوءرى وبارء ٢ فقرة ١١٠٧ وما بءءا — بىكازر ٢ فقرة ٧٨٤ وما بءءا — بلانىول ورىبر وجابولء ٧ فقرة ١٠٥٩ وما بءءا — بىءان ولاجارء ٨ فقرة ١١٠٧ وما بءءا — ءى پاچ ٣ فقرة ٣١١ وما بءءا — بلانىول ورىبر وبولانجىة ٢ فقرة ١٨٤١ وما بءءا — كولان وكاپىءان ٢ فقرة ٤١١ وما بءءا — چوسران ٢ فقرة ٧٥٤ وما بءءا .

لم يكن الكفيل متضامناً مع المدين — لا يستطيع أن يرجع إلا على المدين الأصلي أولاً : فإذا لم يستوف حقه منه رجع على الكفيل . أما في التضامن فالدائن يستطيع أن يرجع على أى مدين متضامن بكل الدين . هذا إذا كان التضامن بين المدينين . فإذا كان التضامن بين الدائنين فأى دائن متضامن يستطيع أن يطالب المدين بكل الدين ، ومن جهة أخرى فان وفاء المدين لأى دائن متضامن بكل الدين مبرىء لزمته بالنسبة إلى سائر الدائنين (١) ، وهذا ما يجعل التضامن ما بين الدائنين أقرب إلى أن يكون ضماناً للمدين منه ضماناً للدائن كما سنرى .

والتضامن بنوعيه يقتضى بوجه عام أن تكون هناك شركة أو في القليل اشتراك في المصلحة (communauté d'intérêts) بين الأطراف المتضامنين ، وهذه المصلحة المشتركة هي التي تبرر أحكام التضامن (٢) .

ويصبح أن يجتمع في التزام واحد تضامن الدائنين وتضامن المدينين ، فيكون الالتزام متعدد الدائنين مع تضامنهم ومتعدد المدينين مع تضامنهم أيضاً . ويجوز في هذه الحالة لأى دائن أن يطالب أى مدين بكل الدين ، كما يجوز لأى مدين أن يبنى لأى دائن بكل الدين ، فالوفاء من أى مدين لأى دائن يقضى الدين بالنسبة إلى سائر المدينين وإلى سائر الدائنين (٣) .

الفرع الأول

التضامن بين الدائنين

(Solidarité entre créanciers—Solidarité active)

١٢٤ — مباحث مبرومة : نبحث في التضامن بين الدائنين :

(أولاً) مصلر هذا التضامن .

(ثانياً) والآثار التي تترتب عليه .

(ثالثاً) ثم نعرض لصورة خاصة لدين يقوم فيه ضرب من التضامن بين

(١) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٥٩ ص ٤١٤ .

(٢) بودرى وبايود ٢ فقرة ١١١٩ .

(٣) بودرى وبارد ٢ فقرة ١١١٦ .

الدائنين ، وهي الصورة المعروفة في الفقه الإسلامي بالدين المشترك ، وقد نقلها عنه التقنين المدني العراقي دون التقنين المدني المصري (١) .

المبحث الأول

مصدر التضامن بين الدائنين

١٢٥ - المصرى القانونية : تنص المادة ٢٧٩ من التقنين المدني المصري على ما يأتي :

« التضامن بين الدائنين أو بين المدينين لا يفترض ، وإنما يكون بناء على اتفاق أو نص في قانون » (٢) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادتين ١٠٧/١٠٦ و ١٠٨/١٠٦ (٣) .

(١) وقد عني التقنين المدني الجديد بالتضامن فلم يورده مقتضياً كما فعل التقنين المدني السابق ، وعنى بالتضامن بين المدينين بوجه خاص لأهميته العملية . على أن أكثر الأحكام التي نص عليها فيه يسجل تصور نظائرها في التضامن بين الدائنين ، وهذا ما سنفعله فيما يلي . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : « التزم التقنين الراهن (السابق) ما عهد فيه من الاقلال والانتصاب فيما يتعلق بأحكام التضامن ، مع ما لها من عظيم الخطر . فلم يكن بد من أن يعتمد المشروع إلى تنظيم صورتي التضامن تنظيمياً أشمل ، وأن يعنى بوجه خاص بالتضامن السلبى وهو أهم هاتين الصورتين في نطاق العمل . على أن أكثر الأحكام التي عني المشروع بوضعها فيما يتعلق بالتضامن بين المدينين من الميسور تصور نظيرها بصدد التضامن بين الدائنين . بيد أنه رأى إغفال هذه الأحكام في معرض إيراد القواعد المتعلقة بهذا الضرب من التضامن ، حتى لا يتواءم المشروع بنصوص حفظها من التطبيق العمل به يسير » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٩) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٤٠٣ من المشروع التمهيدى على وجه مقارب لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، ثم حور تحويراً طفيفاً في لجنة المراجعة فأصبح مطابقاً لما استقر عليه ، وأصبحت المادة رقمها ٢٩١ من المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٢٧٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٥١ — ص ٥٢) .

(٣) التقنين المدني السابق م ١٠٧/١٠٦ : إذا تضمن التعهد التفويض من كل من المتعهد لم الباقي في استيفاء الشيء المتعهد به ، يكون كل منهم قائماً مقام الباقي في ذلك . وفي هذه الحالة تتبع القواعد المتعلقة بأحوال التوكيل .

وقابل في التقنيات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٢٧٩ ، وفي التقنين المدني الليبي المادة ٢٦٦ ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ٣١٥ ، وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ١٢ (١) .

١٢٦- التضامن بين الدائنين مصدره الاتفاق أو الإرادة بوجه عام :

بالرغم من أن نص المادة ٢٧٩ سالفة الذكر قد شمل التضامن بين الدائنين والتضامن بين المدينين وقضى بأن مصدر التضامن يكون بناء على اتفاق أو نص في القانون ، فلا يتوهم من ذلك أن التضامن بين الدائنين هو كالتضامن بين المدينين يكون بناء على اتفاق أو نص في القانون . فالتضامن بين الدائنين لا يكون مصدره إلا الاتفاق أو الوصية ، أي الإرادة بوجه عام ، ولا يكون مصدره القانون (٢) .

م ١٠٨/١٦٢ : لا يلزم كل واحد من المتعهدين بوفاء جميع المتعهد به إلا إذا اشترط تضامنهم لبعضهم في العقد أو أوجبه القسانون ، وفي هذه الحالة يعتبر المتعهدون كفلاء لبعضهم بعضاً وكلاء عن بعضهم بعضاً في وفاء المتعهد به ، وتنتج القواعد العامة المتعلقة بأحكام الكفالة والتوكيل . (والتقنين المدني الجديد لم يغير من مصدر التضامن الإيجابي فهو الاتفاق ، ولا من مصدر التضامن السلبي فهو الاتفاق أو نص في القانون . أما ما عرّض له التقنين المدني السابق من أن أحكام الوكالة تنطبق على التضامن الإيجابي وأن أحكام الوكالة والكفالة تنطبق على التضامن السلبي ، فقد تجنب ذكره التقنين المدني الجديد ، مقتصرأ على التطبيقات التشريعية التي أتى بها وهي تخرج في بعض الأحوال عن هذه الأحكام) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٢٧٩ (مطابقة لمادة ٢٧٩ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٢٦٦ (مطابقة لمادة ٢٧٩ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٣١٥ : لا يكون الدائنون متضامنين إلا إذا كان هناك اتفاق على ذلك أو كان القانون ينص على تضامنهم . (ونجد هنا التقنين المدني للعراق يصرح بأن القانون قد يكون مصدرأ لتضامن الدائنين ، وليس يوجد تطبيق لذلك : راجع الأستاذ حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ١٩٣ وهو لا يشير إلى أي تطبيق في هذا الصدد) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ١٢ : إن التضامن بين الدائنين لا يؤخذ بالاستنتاج ،

بل يجب أن ينشأ عن عقد قانوني أو عن القانون أو من مائة العمل .

(وهنا أيضاً نجد التقنين اللبناني يشير إلى القانون مصدرأ لتضامن الدائنين دون أن يورد مثلاً لذلك) .

(٢) أوبري دور ٤ فقرة ٢٩٨ مكررة ص ٢٤ - بودري وبارد ٢ فقرة ١١٢٢ ص ٢٥٢ -

والتضامن بين الدائنين نادر الوقوع في العمل . وأكثر مايقع عندما يكون هناك مدينون متضامنون ثم ينقلون إلى دائنين متضامين . مثل ذلك أن يبيع ثلاثة ستين قطاراً من القطن ويتضامنون في الالتزام بالتسليم ، ثم لا يدفع المشتري الثمن ، فيكونون دائنين بالتضامن في المطالبة بفسخ البيع . وكذلك لو كان العقد هبة وأراد الواهبون المتضامنون الرجوع في الهبة ، فانهم يكونون دائنين متضامين في هذا الرجوع . ويصح أن يكون مصدر تضامن الدائنين الوصية ، فيوصي شخص لأشخاص متعددين بمبلغ من النقود يستوفونه من تركته ويجعلهم متضامين في المطالبة بهذا المبلغ (١) ، وهنا نشأ التضامن الإيجابي منذ البداية ولم ينعكس عن تضامن سلبى (٢) .

= وفقرة ١١٢٦ — بلانيول وريبير وجابول ٧ فقرة ١٠٦٠ — بلانيول وريبير ويولانجيه ٢ فقرة ١٨٤٦ — جوسران ٢ فقرة ٧٥٧ ص ٤١٢ — ويقول بيدان ولاجار ٧ أنه لا توجد أية حالة التضامن الإيجابي يكون مصدرها القانون ، وإذا كان يُذكر في بعض الأحيان حالة الشركاء في شركة التضامن ، فهؤلاء مدينون بالتضامن ، وليسوا دائنين بالتضامن ، والدائن هو الشركة دون غيرها (بيدان ولاجار ٨ فقرة ٨١١ ص ٩٨٦ — ص ٨٩٧) . أنظر أيضاً المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى حيث تقول : « قد يكون مصدر التضامن السلبى والإيجابى تعبيراً عن الإرادة » . ثم تقول : « هذا وقد يكون نص القانون مصدراً للتضامن السلبى » (مجموعة الأحكام التفسيرية ٣ ص ٥١) — قارن مع ذلك التقنين المدنى المرقى المادة ٣١٥ وتقنين الموجبات والمقود البنائى المادة ١٢ .

(١) ديمولوب ٢٦ فقرة ١٣٣ وفقرة ٢١٩ — فقرة ٢٢٠ — لوران ١٧ فقرة ٢٥٤ وفقرة ٢٧٦ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٢٣ وفقرة ١١٢٦ .

(٢) وعند الفرنسيين صورة عملية التضامن بين الدائنين ، ألفوها مدة من الزمن لتهرب من ضريبة التركات . وذلك بأن يودع المورث والوارث المحتمل — زوج وزوجه أو ابن وابنه أو نحو ذلك — النقود باسمهما في أحد المصارف على أن يكونا دائنين متضامين لهذا الحساب المشترك (compte joint) ، فيتمكن بذلك أى منهما أن يسحب من المصرف كل المبلغ بمفرده ، فإذا مات أحدهما وورثه الآخر سحب الوارث المبلغ كله ، فبقت بذلك من ضريبة التركات . غير أن قانونين صدرا في ٣١ مارس سنة ١٩٠٣ و ٣١ ديسمبر سنة ١٩٠٣ اعتبرا هذا الحساب المشترك ملكاً مشتركاً للدائنين ، فإذا مات أحدهما اعتبر نصيبه تركة تستحق عليها الضريبة . على أن باب التعايل لا يزال مفتوحاً عن طريق إخفاء العنوان الحقيق ، وعن طريق إيداع الحساب المشترك أحد المصارف الأجنبية حيث لا يسرى عليه التشريع الفرنسى (أنظر في ذلك بلانيول وريبير وجابول ٧ فقرة ١٠٦١ — بيدان ولاجار ٨ فقرة ٨١١ ص ٩٩٧ — ص ٩٩٨ — ص ٢٣٧) — أما في مصر فتفتح الحساب الجارى المشترك نادر الوقوع ، وترفضه =

والسبب في ندرة التضامن بين الدائنين أن مضار هذا التضامن تربي على فوائده . فان الدائنين إذا اشترطوا التضامن بينهم لا يكسبون من وراء ذلك إلا أن أى دائن منهم يستطيع المطالبة بكل الدين ، كما يستطيع المدين أن يوفيه إياه كله . وهذا الكسب لا يعد شيئاً مذكوراً إلى جانب ما يتعرض له الدائنون من الخطر ، فان أى دائن منهم يستطيع أن يقبض الدين كله ، فتراهم ذمة المدين بهذا الوفاء ، وليس لسائر الدائنين إلا الرجوع كل بنصيبه على الدائن الذى استوفى الدين ، فاذا هو أعسر تحملوا تبعة إعساره ، وفي هذا من الخطر ما فيه . أما ما أفادوه من التضامن فيستطيعون الوصول إليه من غير هذا الطريق ، فانهم يملكون عند حلول الدين أن يعطوا أياً منهم توكيلاً بقبض كل الدين (١) . على أنه يلاحظ أن التقنين المدنى الجديد قد تخفف بعض الشيء من مضار التضامن بين الدائنين ،

المصارف عادة خشية النزاع الذى يقع بين ورثة من يموت من أصحاب الحساب ومن يبق من هؤلاء حياً (الأستاذ محسن شفيق في القانون التجارى ٢ ص ٣٤٩ — الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام ص ٢٧٥ هامش رقم ٢) .

كذلك صدر في فرنسا قانون في ١٦ يولييه سنة ١٩٣٤ وقانون آخر في ٨ أغسطس سنة ١٩٣٥ يجعلان حلة سندات الفرض الواحد في موقف قريب من موقف الدائنين المتضامنين ، فعامل السند إذا قطع التقادم بالنسبة إلى الأرباح أفاد من ذلك حلة السندات الآخرون : وكذلك إذا هو حصل على حكم أفاد منه الآخرون ولو لم يكونوا طرفاً فيه . وهذا الضرب من التضامن الإيجابي الخاص يصح أن يقال بأن مصدره القانون (أنظر في ذلك بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٦١ — ص ٤١٦ — ص ٤١٧) .

(١) بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٢٩ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٦٠ — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٨١١ ص ٥٩٦ — دى باج ٣ فقرة ٣٣٦ — هذا ويبدو الفرق واضحاً ما بين تضامن الدائنين والوكالة . فقد يوكل الدائن عنه شخصاً في قبض الدين ، فلا يكون هذا الوكيل دائناً متضامناً مع موكله ، فإن للدائن أن يزلّه عن الوكالة ، وإذا قبض الوكيل الدين وجب عليه دفعه للموكل إذ لا نصيب له فيه (بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٢٨) .

والتضامن بين الدائنين إذا كان نافماً فهو أنفع للمدين من لدائنين المتضامنين ، إذ يتمكن المدين أن يوفى الدين كله لأى من هؤلاء الدائنين فيبرأ ذمته نحو الباقين ، فهى التضامن له بذلك طريقاً ميسراً للوفاء بالدين ، ولا حاجة به أن يقسم الدين على الدائنين فيعطى لكل نصيبه ، وفي هذا من الكلفة والمشقة ما فيه . وقد كان التضامن بين الدائنين نافماً في القانون الرومانى من ناحية خاصة بهذا القانون ، إذ كان يفتح الطريق لحالة الحق بأن يضم الدائن من يريد أن يحول له الحق دائناً متضامناً معه ، فيجيز بذلك للمدين أن يوفى الدين كله لهذا الدائن المتضامن (بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٢٩ ص ٢٥٦ — ص ٢٥٧) .

بأن نص في الفقرة الأولى من المادة ٢٨٠ على جواز ممانعة الدائنين في أن يوفى المدين الدين لأحدهم ، كما لو كان التضامن ينطوى على وكالة يجوز الرجوع فيها ، وسيأتى بيان ذلك .

١٢٧ - التضامن بين البائعين لا يفترض : ولما كان التضامن بين

الدائنين مصلحه الإرادة أو الاتفاق ، فإنه لا يجوز افتراض وجوده ، وما لم توجد إرادة واضحة لاختفاء فيها بانشاء هذا التضامن فإنه لا يقوم . فاذا باع مثلاً ثلاثة أشخاص داراً لهم في الشيوع ، ولم يشترطوا على المشتري التضامن بينهم في وضوح ، فلا يستخلص من شيوع الدار بين البائعين أنهم متضامنون في تقاضى الثمن ، بل ينقسم الثمن عليهم كل بقدر نصيبه في الدار المبيعة . كذلك إذا كان المشتري قد اشترط على البائعين التضامن في التزاماتهم نحوه ، فإن ذلك لا يؤخذ منه ضرورة أنهم متضامنون في حقوقهم عليه ، بل لابد من اشتراط التضامن في الحقوق كما اشترط في الالتزامات (١) .

على أنه لا يفهم من ذلك أن التضامن لابد أن يرد فيه شرط صريح ، فقد يستخلص ضمناً من الظروف والملازمات (٢) ، ولكن يجب ألا يكون هناك شك في أنه مشروط .

وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا المعنى ما يأتى : « ومن الأصول المقررة أن التضامن بنوعه لا يفترض . وليس يقصد بذلك إلى وجوب اشتراطه بصريح العبارة ، فقد تنصرف إليه الإرادة ضمناً ، ولكن ينبغي أن تكون دلالة الاقتضاء في مثل هذه الحالة واضحة لاختفاء فيها . فاذا اكتنف الشك هذه الدلالة ، وجب أن يؤول لنفى التضامن لا لإثباته » (٣) . وليس من

(١) لاروسبيير ٣ م ١١٩٧ فقرة ١٨ — ديمولومب ٢٦ فقرة ١٣٨ — لوران ١٧ فقرة ٢٥٦ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٢١ . على أنه يصح أن يستخلص ضمناً من الظروف والملازمات أن التضامن في الالتزامات يستتبع التضامن في الحقوق (بلانويول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٦٠) .

(٢) على أنه يجب استخلاصه حتماً من الظروف والملازمات ، فإذا قام في شأنه شك أو لم يتيسر إثباته ، فإنه لا يفترض ، ويتمين استيماده في هاتين الحالتين (دى باج ٣ فقرة ٤١٤ ص ٢٩٩) .

(٣) مجموعة الأعمال التوضيحية ٣ ص ٥١ .

الضرورى ، فى الشرط الصريح ، أن يستعمل لفظ « التضامن » ، فأى لفظ يؤدي هذا المعنى يكفى ، كأن يشترط الدائنون أن يكون لأى دائن منهم أن يطالب المدين بكل الدين ، أو يشترط المدين أنه يستطيع الوفاء بكل الدين لأى من الدائنين .

ولا يفترض التضامن بين الدائنين حتى فى المسائل التجارية ، بل يجب اشتراطه فى وضوح (١) . وحتى فى شركة التضامن ، إذا كان كل الشركاء يديرون الشركة ، وأمكن لكل منهم أن يستوفى من مدينى الشركة ما عليهم من ديون لها ، فإن ذلك لا يعنى أن الشركاء دائنون بالتضامن ، بل إن كل شريك إنما يعمل باسم الشركة ، والشركة وحدها هى التى تستوفى ديونها عن طريق وكيل عنها هو أحد الشركاء (٢) .

١٢٨ — وحدة المحل وتعدد الروابط : والتضامن بين الدائنين على النحو الذى سبق ذكره يجعل الالتزام متعدد الروابط ولكنه موحد المحل . أما أن الالتزام يكون متعدد الروابط ، فذلك بأن كل دائن متضامن تربطه بالمدين رابطة مستقلة عن الروابط التى تربط المدين بالدائنين المتضامنين الآخرين ، فتعدد الدائنين المتضامنين يستتبع تعدد الروابط . وأما أن الالتزام يكون موحد المحل ، فذلك هو الذى يحفظ للالتزام وحدته بالرغم من تعدد الدائنين ، ولو أن الدائنين المتعددين لم يكونوا متضامنين لما احتفظ الالتزام بوحدته ولكان التزاماً

(١) ليون كان ورينو ٣ فقرة ٣٨ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٢٧ — هريداق أنيكلويدى دالوز • لفظ (solidarité) فقرة ٨ .
(٢) ليون كان ورينو ٢ فقرة ٢٩٥ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٢٧ .

وإذا كان للدائن مدينون متضامنون ، ونزل عن حقه قبل أحدهم إلى محال له ، واستبقى المدينين الباقين ، فهل يصبح هو والمحال له ، بالنسبة إلى هؤلاء المدينين الباقين ، دائنين بالتضامن ويستخلص التضامن فى هذه الحالة من الظروف ؟ الظاهر أنه لا تقوم علاقة التضامن بينهما ولا يمكن استخلاصها من هذه الظروف ، ولكن يصح اعتبارهما دائنين بالتضام (in solidum) على غرار المدينين بالتضام (انظر بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٦٣ ص ٤١٨) .

أما إذا نزل الدائن عن حقه لمحال له دون أن يستبقى المدينين الآخرين ، فإن المحال له وحده هو الذى يصبح الدائن مكان الدائن الأصل ، وتنتفى علاقة الدائن الأصل بالمدينين المتضامنين .

متعدد الأطراف ينقسم على الدائنين المتعددين التزامات مستقلة بعضها عن بعض كما بينا فيما تقدم (١) .

وبحسبنا هنا أن نبين أهم المظاهر لتعدد الروابط بالرغم من وحدة المحل (٢) :
(١) يجوز أن تكون الرابطة التي تربط أحد الدائنين المتضامين بالمدين موصوفة وتكون الروابط الأخرى بسيطة . فيجوز أن يكون أحد الدائنين المتضامين دائناً تحت شرط أو لى أجل ، ويكون سائر الدائنين المتضامين حقوقهم منجزة . كما يجوز أن تكون إحدى الروابط معلقة على شرط ، ورابطة أخرى مقترنة بأجل . وإلى هذا تشير الفقرة الأولى من المادة ٢٨١ مدني إذ تنص على أنه «يجوز للدائنين المتضامين ، مجتمعين أو منفردين ، مطالبة المدين بالوفاء ، وإعراى في ذلك ما يلحق رابطة كل دائن من وصف يعدل أثر الدين » .

(٢) يجوز أن تكون إحدى الروابط قد شابها عيب والروابط الأخرى غير معيبة . فيجوز أن يكون أحد الدائنين المتضامين قاصراً فتكون رابطة قابلة للإبطال لنقص الأهلية ، أو يجوز أن تكون إرادته قد شابها غلط أو تدليس أو إكراه فتكون رابطة قابلة للإبطال لهذا العيب دون الروابط الأخرى ، أو يجوز أخيراً أن تكون إحدى الروابط دون غيرها قابلة للفسخ .
(٣) يجوز أن تنقضى إحدى الروابط وتبقى مع ذلك الروابط الأخرى ، وسيأتى تفصيل ذلك فيما يلي .

المبحث الثاني

الآثار التي تترتب على تضامن الدائنين

١٢٩ — الموفرة ما بين الرائسين والمدين والموفرة فيما بين الرائسين

بعضهم ببعض : يجب ، في بيان الآثار التي تترتب على تضامن الدائنين ، التمييز بين أمرين : (١) العلاقة بين الدائنين المتضامين والمدين . (٢) وعلاقة الدائنين المتضامين بعضهم ببعض .

(١) انظر في الدفاع عن فكرة تعدد الروابط ووحدة المحل فيما يتعلق بالتضامن السلبى يوتيه في الالتزامات فقرة ٢٦٤/٣ .

(٢) ديمولومب ٢٦ فقرة ٢٤ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١١١٧ .

المطلب الأول

العلاقة بين الدائنين المتضامين والمدين

١٣٠- **النصوص القانونية :** تنص المادة ٢٨٠ من التقنين المدني

على ما يأتي :

١- إذا كان التضامن بين الدائنين ، جاز للمدين أن يوفى الدين لأى منهم ، إلا إذا مانع أحدهم في ذلك .

٢- ومع ذلك لا يحول التضامن دون انقسام الدين بين ورثة أحد الدائنين المتضامين إلا إذا كان الدين غير قابل للانقسام .

وتنص المادة ٢٨١ على ما يأتي :

١- يجوز للدائنين المتضامين ، مجتمعين أو منفردين ، مطالبة المدين بالوفاء ، وبراعى في ذلك ما يلحق رابطة كل دائن من وصف يعدل أثر الدين .

٢- ولا يجوز للمدين إذا طالبه أحد الدائنين المتضامين بالوفاء أن يحتج على هذا الدائن بأوجه الدفع الخاصة بغيره من الدائنين ، ولكن يجوز له أن يحتج على الدائن المطالب بأوجه الدفع الخاصة بهذا الدائن بأوجه الدفع المشتركة بين الدائنين جميعاً .

وتنص المادة ٢٨٢ على ما يأتي :

١- إذا برئت ذمة المدين قبل أحد الدائنين المتضامين بسبب غير الوفاء ، فلا تبرأ ذمته قبل باقى الدائنين إلا بقدر حصة الدائن الذى برئت ذمة المدين قبله .

٢- ولا يجوز لأحد الدائنين المتضامين أن يأتى عملاً من شأنه الإضرار بالدائنين الآخرين (١).

(١) تاريخ النصوص :

م ٢٨٠ : ورد هذا النص في المادة ٤٠٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد فيما يتعلق بالفقرة الثانية . أما الفقرة الأولى فقد كان نصها في-

وتقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق المادة ١٠٧/١٦١ (١).
وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري
المواد ٢٨٠ - ٢٨٢ ، وفي التقنين المدني الليبي المواد ٢٦٧ - ٢٦٩ ، وفي

المشروع التمهيدى على الوجه الآتى « إذا كان التضامن بين الدائنين ، جاز لكل منهم أن يطالب المدين بأداء كل الدين ، وجاز للمدين أن يوفى الدين وفاء صحيحاً لأى من الدائنين المتضامنين ، إلا إذا قام دائن آخر بإجراءات تمنع المدين من ذلك » . وفى لجنة المراجعة حذف الحكم الخاص بمطالبة كل من الدائنين بأداء كل الدين لأن هذا الحكم منصوص عليه فى المادة التالية ، وحذفت عبارة « وفاء صحيحاً » إذ لا ضرورة لها ، وأصبحت المادة رقمها ٢٩٢ فى المشروع النهاى . ووافق عليها مجلس النواب . وفى لجنة مجلس الشيوخ استبدلت عبارة « إلا إذا مانع أحدهم فى ذلك » بمباراة « إلا إذا قام دائن آخر بإجراءات تمنع المدين من الوفاء » ، لأن المقصود هو الاكتفاء بمجرد اعتراض أحد الدائنين المتضامنين على وفاء المدين لدائن آخر ، فى حين أن عبارة « إلا إذا قام دائن آخر بإجراءات إلخ » قد توحي بأن الأمر يتطلب اتخاذ إجراءات رسمية معينة ، مع أن المسألة لا تعدو مجرد الاعتراض ، ومن المفهوم أن الاعتراض يثبت وفقاً للقواعد العامة فى الإثبات . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنته ، وأصبح رقمها ٢٨٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٥٣ - ص ٥٥) .

م ٢٨١ : ورد هذا النص فى المادة ٤٠٥ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدني الجديد ، وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٢٩٣ من المشروع النهاى . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٢٠١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٥٥ - ص ٥٦) .

م ٢٨٢ : ورد هذا النص فى المادة ٤٠٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدني الجديد ، وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٢٩٤ من المشروع النهاى . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٢٨٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٥٧ - ص ٥٩) .

(١) التقنين المدني السابق م ١٠٧/١٦١ : « إذا تضمن التمسك التفويض من كل من المتعهد لهم لباقي فى استيفاء الشيء المتعهد به ، يكون كل منهم قائماً مقام الباقي فى ذلك . وفى هذه الحالة تتبع القواعد المتعلقة بأحوال التوكيل » . وقد سبق إيراد هذا النص . ولا فرق فى الأحكام ما بين التقنين الجديد والتقنين السابق ، وإن كان التقنين السابق قد أحال على أحكام الوكالة جملة واحدة دون التفصيل الذى أتى به التقنين الجديد . هذا وقد أشار بودرى وبارد (جزء ٢ فقرة ١١٦٨) ، وهو يعرض لبعض القوانين الأجنبية ، إلى أن التقنين المدني المختلط السابق يقيم التضامن بين الدائنين على فكرة الوكالة ، فلا يجوز لأى دائن أن يقضى الدين بتجديد أو إبراء وإلا تجاوز حدود الوكالة .

التقنين المدني العراقي المواد ٣١٦ — ٣١٨ ، وفي تقنين الموجبات والمعقود اللبناني
المواد ١١ و ١٣ — ١٩ (١) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٢٨٠ — ٢٨٢ (مطابقة للمواد ٢٨٠ — ٢٨٢ من التقنين
المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٢٦٧ — ٢٦٩ (مطابقة للمواد ٢٨٠ — ٢٨٢ من التقنين
المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٣١٦ — ٣١٨ (متفقة في مجموعها مع أحكام التقنين المدني
المصري) .

تقنين الموجبات والمعقود اللبناني م ١١ : يوجد التضامن بين الدائنين حين يكون شخصان
أو عدة أشخاص أصحاباً لدين واحد يحق لكل منهم أن يطلب دفع هذا الدين بجملة ، كما يحق
من جهة أخرى للمدين أن يدفع الدين إلى أي كان منهم ، وهذا ما يسمونه تضامن الدائنين .
على أن الدائن المتضامن لا يحق له أن يتصرف في مجموع الدين ، بل يمد مفوضاً من قبل سائر
الدائنين في المحافظة على القسم الذي يتجاوز مبلغ حصته وفي استيفائه من المدينين .

م ١٣ : إن موجب التضامن يسقط تجاه كل الدائنين بالإيفاء أو بأداء العوض أو بأداء الشيء
المستحق أو بالمقاصة أو بتجديد التعاقد تجاه أحد الدائنين . إن المدين الذي يوفى أحد الدائنين
المتضامنين حصته في الموجب يرى ذمته تجاه الآخرين على قدر هذه الحصّة .

م ١٤ : إن إسقاط أحد الدائنين المتضامنين الذين لا يسرى على الآخرين ولا يبرئ المدينين
إلا من حصّة هذا الدائن . وإن اجتماع صفتي الدائن والمدين في شخص أحد الدائنين المتضامنين
وفي شخص المدينين لا يسقط الموجب إلا بالنظر إلى هذا الدائن .

م ١٥ : إن مرور الزمن الذي تم على حق أحد الدائنين المتضامنين لا يسرى على الآخرين .
وخطأ أحد الدائنين المتضامنين أو تأخره لا يضر ببقية الدائنين .

م ١٦ : إذا أفلس أحد الدائنين المدينين أو أجرى حكم الفائدة على المدين ، فسائر الدائنين
يستفيدون من نتيجة عمله .

م ١٧ : إن الأعمال التي تقطع مرور الزمن بالنظر إلى أحد الدائنين المتضامنين يستفيد منها
الآخرون . أما الأسباب التي تقف سريان مرور الزمن فتبقى شخصية ومختصة بكل من الدائنين .

م ١٨ : إن الصلح الذي يعقد بين أحد الدائنين والمدينين يستفيد منه الدائنون الآخرون حينما
يكون متضمناً الاعتراف بالحق أو بالدين . ولا يسرى عليهم هذا الصلح حين يتضمن إسقاط
الدين أو إخراج موقفهم إلا إذا رضوا به .

م ١٩ : إذا منح أحد الدائنين المتضامنين مهلة ، فلا يسرى ذلك على الآخرين ، ما لم
يحتجج العكس من صك إنشاء الموجب أو من القانون أو من ماهية القضية .

وهذه الأحكام التفصيلية الواردة في التقنين اللبناني تتفق مع ما أجله التقنين المصري في —

١٣١ - استنصوص المبادئ الأساسية : ويستخلص من هذه النصوص المبادئ الأساسية الثلاثة الآتية :

أولاً - لأى دائن متضامن مطالبة المدين بكل الدين ، وللمدين أن يفي بكل الدين لأى مدين متضامن ، والوفاء بكل الدين لأى مدين متضامن يبرىء ذمة المدين من الدين نحو سائر الدائنين (م ٢٨٠ - ٢٨١ مدنى) .

ثانياً - أما أسباب انقضاء الالتزام الأخرى ، من تجديد ومقاصة واتحاد ذمة وإبراء وتقادم ، فانها إذا تحققت بالنسبة إلى أحد الدائنين المتضامين ، اقتصر أثرها على حصة هذا الدائن ، ولا يحتج المدين بأياها على سائر الدائنين إلا بمقدار هذه الحصة (م ١/٢٨٢ مدنى) .

ثالثاً - ولا يجوز لأى من الدائنين المتضامين أن يأتى عملاً من شأنه أن يضر بسائرهم ، ولكن إذا أتى عملاً من شأنه أن يفيدهم أفادوا منه (م ٢٨٢ / ٢ مدنى) .

والأصل فى ذلك أن كل دائن متضامن يعتبر ، فى استيفاء الدين من المدين ، أصيلاً عن نفسه فى حصته وثانياً عن سائر الدائنين فى حصصهم ، فيكون استيفاءه للدين مبرئاً لذمة المدين نحو سائر الدائنين . أما فى أسباب الانقضاء الأخرى ، فليس الدائن نائباً عن الدائنين الآخرين ، بل هو أصيل عن نفسه فحسب ، وما يقع من هذه الأسباب يقتصر عليه وحده ولا يتعداه إلى سائر الدائنين . ثم إن نيابة كل دائن عن سائر الدائنين تقوم أيضاً فى كل عمل من

- نصومه الثلاثة ، إلا فى أن التجديد والمقاصة بين أحد الدائنين المتضامين والمدين يبرئان ذمة المدين نحو سائر الدائنين فى التقنين البنائى ، ولا يبرئانه إلا بقدر حصة الدائن الذى وقع منه التجديد أو المقاصة فى التقنين المصرى . هذا وقد أجل التقنين المصرى أحكام التضامن بين الدائنين لأن هذا التضامن نادر فى العمل ، واحتفظ بتفصيل الأحكام للتضامن بين المدينين الذى هو أكثر وقوعاً . عل أن أكثر الأحكام التى فى التقنين المصرى بوضعها فيما يتعلق بالتضامن بين المدينين - كما تقول المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى - من الميسور تصور نظيرها بصدد التضامن بين الدائنين . بيد أنه رأى إغفال هذه الأحكام فى معرض إيراد القواعد المتعلقة بهذا الضرب من التضامن حتى لا ينوء التقنين بنصوص ظهرا من التطبيق العمل به يسير (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٩) .

شأنه أن يفيد هؤلاء الدائنين، دون الأعمال التي يكون من شأنها أن تضر بهم (١).

فعدنا إذن مسائل ثلاث تتناولها بالبحث على التعاقب : (١) انقضاء الدين بالوفاء (٢) انقضاء الدين بأسباب أخرى غير الوفاء (٣) أعمال الدائن التي من شأنها أن تفيد سائر الدائنين أو أن تضر بهم .

١٥ - انقضاء الدين بالوفاء

١٣٢ - للمدين أنه يوفي أي دائن كل المدين : وهذا ما تنص عليه الفقرة الأولى من المادة ٢٨٠ مدني كما رأينا ، إذ تقول : « إذا كان التضامن بين الدائنين ، جاز للمدين أن يوفي الدين لأي منهم » . فللمدين إذن أن يختار أي دائن من الدائنين المتضامين فيوفيه كل الدين ، وليس لمن اختاره المدين من الدائنين أن يرفض استيفاء الدين كله ، بل ليس له أن يقتصر على قبض نصيبه من هذا الدين ويرفض قبض الباقي ، وإنما عليه أن يقبض كل الدين . وهذه هي الميزة الجوهرية للتضامن بين الدائنين ، فان هذا التضامن كما قدما أقرب أن يكون ضماناً للمدين منه ضماناً للدائنين المتضامين ، إذ يستطيع المدين

(١) يبين بودرى وبزرد كيف تطورت هذه المبادئ من القانون الروماني حتى وصلت إلى التفتين الملقى بالفرنسي . في القانون الروماني كان كل دائن متضامن يستطيع أن يتصرف في الدين كما لو كان هو الدائن الوحيد ، فيستوفيه ويقضيه بأي سبب من أسباب الانقضاء كالتجديد والمقاصة واتحاد الزمة والإبراء والتقاعد ، فتراً ذمة المدين نحو سائر الدائنين . ولا يرجع الدائنون على الدائن الذي قام من جهته سبب الانقضاء إلا إذا أثبتوا أن هناك مصلحة مشتركة بين جميع الدائنين ، فيرجع كل دائن بنصيبه في هذه المصلحة المشتركة . أما في القانون الفرنسي القديم فقد كان الحكم هو أيضاً كالحكم في القانون الروماني ، إلا أن المصلحة المشتركة بين الدائنين كانت مفترضة ، فكان كل دائن يرجع بنصيبه بحكم القانون . وتغير هذا الحكم في التفتين الملقى بالفرنسي ، فأصبح الدائن المتضامن لا يملك إلا استيفاء الدين ، فإذا استوفاه أو وفاه المدين له برئت ذمة المدين نحو سائر الدائنين . أما ما عدا الوفاء من أسباب انقضاء الدين فلا يسرى في حق الدائنين الآخرين إلا بقدر نصيب الدائن الذي قام من جهته سبب الانقضاء . ويكون كل دائن متضامن مع سائر الدائنين لا في الوفاء فحسب ، بل أيضاً في كل عمل من شأنه تثبيت الدين وتقويته ، دون الأعمال التي يكون من شأنها إسقاط الدين أو إضعافه (بودرى وبارد ٢٢٥ فقرة ١١٣٢) .

أن يوفى أحد هؤلاء الدائنين الدين كله دون أن يضطر إلى تجزئة الدين وإعطاء كل دائن نصيبه . وإذا رفض الدائن الذى اختاره المدين قبض الدين ، جاز للمدين أن يعرضه عليه عرضاً حقيقياً طبقاً للإجراءات المقررة للعرض الحقيقى . ومتى قبض الدائن الدين أو تمت إجراءات العرض ، برئت ذمة المدين من الدين ، لا فحسب قبل الدائن الذى قبض الدين وحده ، بل قبله وقبل سائر الدائنين .

وكما أن الدائن لا يستطيع أن يفرض على المدين وفاء جزئياً بحصته من الدين فقط ، كذلك لا يستطيع المدين أن يفرض على الدائن أى وفاء جزئى ولو بقلر حصه هذا الدائن ، بل إنه إذا أراد إجباره على قبول الوفاء وجب عليه أن يعرض الدين كاملاً غير منقوص .

وهذا لا يمنع بداهة من أن يتفق المدين مع الدائن على أن يوفى له بنصيبه وحده فى الدين ، ومتى قبل الدائن منه هذا الوفاء ، برئت ذمة المدين بقلر هذا النصيب ، وصار لأى دائن آخر من الدائنين المتضامنين أن يطالب المدين بالدين بعد أن يستنزل منه نصيب الدائن الذى استوفى حصته (١) . فإذا ما استوفاه على هذا النحو ، كان لكل دائن آخر — عدا الدائن الذى استوفى نصيبه طبعاً — أن يرجع بنصيبه على من قبض الدين (٢) .

١٣٣ — عالم بمائع أهم المائنين : وتغضى الفقرة الأولى من المادة ٢٨٠ مدنى ، كما رأينا ، بأنه يجوز للمدين أن يوفى بكل الدين لأى من الدائنين « إلا إذا مانع أحدهم فى ذلك » . وقد كانت هذه العبارة الأخيرة الواردة فى النص نتيجة تحوير غريب فى لجنة مجلس الشيوخ ، كان من شأنه أن يقلب المعنى

(١) ديمولوب ٢٦ فقرة ١٥٥ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٢٥ .
(٢) أنظر فى هذا المعنى المادة ١٣ من تقنين الموجبات والنفود البناني . ومع ذلك يذهب بعض الفقهاء إلى أنه إذا استوفى أحد الدائنين المتضامنين جزءاً من الدين ، حتى لو كان هذا الجزء هو نصيبه وحده ، جاز لسائر الدائنين أن يرجعوا على هذا الدائن كل بنسبة نصيبه فى الدين (لاروسبيير ٣ ١١٩٧ فقرة ٢٠ — ديمولوب ٢٦ فقرة ١٥٦ — فقرة ١٥٨ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٣٦) .

الذى كان المشروع التمهيدى قد قصد إليه . فقد كان نص هذا المشروع على الوجه الآتى : « . . . جاز للمدين أن يوفى الدين وفاء صحيحاً لأى من الدائنين المتضامين ، إلا إذا قام دائن آخر بأجراءات تمنع المدين من ذلك » . وكان المقصود من هذه العبارة هو عين ما ذهب إليه التقنين المدنى الفرنسى فى الفقرة الأولى من المادة ١١٩٨ ، وهى تنص على أنه « يكون للمدين الخيار فى أن يوفى الدين لواحد أو لآخر من الدائنين المتضامين ، مادام لم يمنعه من ذلك مطالبة أحد الدائنين له بالوفاء (١) » . فيكون المعنى المقصود فى المشروع التمهيدى أن للمدين أن يوفى كل الدين لأى دائن يختاره من الدائنين المتضامين ، إلا إذا طالبه بالدين دائن آخر ، واتخذ هذا الدائن إجراءات للمطالبة تمنع المدين من الوفاء لغيره (٢) . ويؤكد ذلك ما ورد فى هذا الشأن فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، فهى تقول : « وليس يقتصر الأمر على تحويل كل من الدائنين المتضامين حق اقتضاء الدين بأسره من المدين ، بل للمدين كذلك أن يبرىء ذمته بالوفاء لأيهما ، ما لم يقر أحدهم بما يحول دون ذلك . فإذا اتخذ أحد الدائنين قبل المدين إجراءات المطالبة ، تعين عليه أن يقوم بالوفاء لمن باشر هذه الإجراءات وغيره من الدائنين الذين أصبحوا طرفاً فيها » .

ولكن لجنة مجلس الشيوخ لم تلتفت إلى المعنى المقصود ، وظنت أن عبارة

(١) وهذا هو النص فى أصله الفرنسى : Art. 1198: Il est au choix du débiteur de payer à l'un ou à l'autre des créanciers solidaires, tant qu'il n'a pas été prévenu par les poursuites de l'un d'eux.

(٢) أنظر أيضاً فى هذا المعنى م ١١٩٦ من التقنين المدنى الإيطالى الجديد (المادة ١١٨٥ من التقنين المدنى الإيطالى القديم) والمادة ١١٤٢ من التقنين المدنى الأسبانى والمادة ٧٥٠ من التقنين المدنى البرتغالى والمادة ١٤٩ من المشروع الفرنسى الإيطالى والمادة ٨٩٢ من التقنين المدنى النمساوى والمادة ١٤٦ من تقنين الالتزامات السويسرى والمادة ٩ من تقنين الالتزامات البولونى والمادة ٨٩٩ من التقنين المدنى البرازيل . وأنظر عكس ذلك المادة ٤٢٨ من التقنين المدنى الألمانى وأنظر فى هذه النصوص المذكرة الإيضاحية لمشروع تنقيح القانون المدنى جزء ٢ ص ٤٥٠ — ص ٤٥٣) . وأنظر شرح هذا الحكم فى القانون الفرنسى وانتقاده والرد على هذا الانتقاد فى شكل المطالبة بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٣٨ — فقرة ١١٤٤ ٩

(٣) المذكرة الإيضاحية لمشروع تنقيح القانون المدنى جزء ٢ ص ٤٥٣ — مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٥٩ .

« إلا إذا قام دائن آخر بإجراءات تمنع المدين من الوفاء » يقصد بها مجرد الممانعة من دائن آخر أن يفي المدين للدائن الذى اختاره وذلك عن طريق إجراءات يتخذها الدائن الممانع ، فحورت العبارة بحيث أصبحت : « إلا إذا مانع أحدهم فى ذلك » ، « لأن المقصود كما تقول اللجنة ، هو الاكتفاء بمجرد اعتراض أحد الدائنين المتضامنين على وفاء الدين لدائن آخر ، فى حين أن عبارة : « إلا إذا قام دائن آخر بإجراءات تمنع المدين من ذلك » ، قد توحي بأن الأمر يتطلب اتخاذ إجراءات رسمية معينة ، على أن المسألة لا تعدو مجرد الاعتراض ، ومن المفهوم أن الاعتراض يثبت وفقاً للقواعد العامة فى الإثبات » (١) .

وواضح أن لجنة مجلس الشيوخ قلبت بهذا التحوير المعنى المقصود ، فلم يعد الأمر فى التقنين المدنى المصرى ، كما هو فى التقنين المدنى الفرنسى وغيره من التقنينات ، أن يطالب دائن متضامن آخر المدين بالوفاء فيتعين عندئذ على المدين أن يوفى الدين لهذا الدائن دون الدائن الذى اختاره هو . بل صار الأمر على الوجه الآتى : إذا اختار المدين دائناً متضامناً ليوفى الدين له ، جاز لأى دائن آخر أن يعترض على هذا الوفاء فيمنعه . ولكن ذلك لا يعنى أن المدين يتعين عليه أن يوفى الذين كله للدائن المعارض ، فليس هذا الدائن أولى بالوفاء له من الدائن الذى اختاره المدين . ونرى فى هذه الحالة أن الدائن الذى يعترض على الوفاء لغيره يكون قد نقض الوكالة المستخلصة من التضامن ، والتى بموجبها كان للدائن الذى اختاره المدين أن يقبض نصيب الدائن المعارض ، فيتعين على المدين أن يعطى لهذا الدائن نصيبه ، وألا يوفى للدائن الذى اختاره إلا نصيبه وأنصبة الدائنين الآخرين الذين لم يعترضوا ، ولهؤلاء أن يرجعوا على هذا الدائن كل بنصيبه . فتوفى بذلك بين حق الدائن المعارض من جهة وحق الدائن الذى اختاره المدين من جهة أخرى (٢) . وقد زال بهذا التحوير غير المقصود

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٥٤ — ص ٥٥ . وانظر آنفاً فقرة ١٣٠ فى الحامش .

(٢) ويرى الأستاذ إسماعيل غانم أنه « إذا اعترض أحد الدائنين ، كان المدين ملزماً بأداء الالتزام للدائنين مجتمعين أو لإيداع الشيء محل الالتزام » قياساً على المادة ٢/٣٠٢ مدنى فى عدم قابلية الالتزام للانقسام (أحكام الالتزام فقرة ٢١٢ ص ٣٠٠ هامش رقم ١) . ونرى أن القياس هنا غير سائغ ، فإن الالتزام غير القابل للانقسام لا يتجزأ حتى يعطى للدائن المعارض =

عيب من عيوب التضامن بين الدائنين ، وأصبح لأى دائن متضامن أن يتوقى نتيجة تضامنه مع الدائنين الآخرين إذا اختار المدين غيره للوفاء ، فما عليه إلا أن يعترض فيستوفى نصيبه رأساً من المدين ، دون أن يعرض نفسه لإعسار الدائن الذى اختاره المدين . وقد وقف التقنين المدنى المصرى بهذا الحكم — عند ما تتعارض رغبة المدين فى الوفاء لدائن معين مع رغبة دائن آخر فى أن يستوفى هو الدين — موقفاً وسطاً بين التقنين المدنى الفرنسى الذى يقدم رغبة الدائن على رغبة المدين والتقنين المدنى الألمانى الذى يقدم رغبة المدين على رغبة الدائن ، فأن هذا التقنين الأخير فى المادة ٤٢٨ منه لا يمنع المدين من أن يوفى الدين كله للدائن الذى اختاره بالرغم من مطالبة دائن آخر باستيفاء الدين (١) . والاعتراض الذى يصدر من الدائن المانع لا يشترط فيه شكل خاص ، كما تذكر لجنة مجلس الشيوخ ، فيصح أن يكون بانذار رسمى على يد محضر ،

= نصيبه منه ويمطى الباقي الدائن الذى اختاره المدين . ولما كان هذا الحل مستحيلاً فى الالتزام غير القابل للانقسام ومكناً فى الالتزام التضامنى ، فقد استبعد المشرع فى الأول ولم يستبعده فى الثانى . هذا إلى أن الحل الذى نقول به يجعل التضامن الإيجابى أقرب إلى ضمان المدين منه إلى ضمان الدائن ، وهى الزعة التى يحسن تقييدها فى هذا النوع من التضامن .

(١) ولعل هذا يحدد نزعة كل من التقنينات الثلاثة : فالتقنين الفرنسى — إذا تعارض ما فى التضامن الإيجابى من ضمان الدائن مع ما فيه من ضمان المدين — يفضى ضمان المدين . والتقنين الألمانى يفضى ضمان الدائن . والتقنين المصرى يوفق بين الآخرين ، بأن يستبقى ضمان المدين ، مع إعطاء الدائن نصيبه فى الدين رعاية لمصلحته المشروعة .

وفى ضوء هذا الاعتبار ، نرى أنه إذا طالب أحد الدائنين المتضامنين المدين بالوفاء ، فى التقنين المصرى ، ويكون المدين قد اختار أن يوفى الدين لغيره من الدائنين ، تمنع على المدين أن يوفى أولاً الدائن المطالب نصيبه فى الدين ، ثم يوفى للدائن الذى اختاره بقية الدين بعد استئزال نصيب الدائن المطالب . فيتبادل على هذا النحو الدائن الذى يطالب بوفاء الدين له مع الدائن الذى يمانع فى وفاء الدين لغيره . وقد رأينا أن التقنين الفرنسى والتقنين الألمانى يقفان فى هذه المسألة موقفين متعارضين : فالتقنين الفرنسى يحتم على المدين أن يوفى الدين كله للدائن المطالب ، والتقنين الألمانى يميز لمدين أن يوفى بالدين كله لدائن الذى اختاره .

ولكن يجب أن يلاحظ أنه إذا رجع أحد الدائنين المتضامنين على المدين يطالبه بكل الدين فى التقنين المصرى ، لم يحز أن يقتصر المدين على إعطاء هذا الدائن نصيبه ، مكتفياً بالقول إنه اختار دائناً آخر للوفاء له ببقاى الدين . بل يجب على المدين فى هذه الحالة أن يوفى كل الدين لدائن المطالب ، ما لم يكن قد دفع فضلاً — ولو بعد هذه المطالبة — باقى الدين إلى دائن آخر ، ونعم ما يثبت ذلك .

ويصح أن يكون مجرد إخطار كتابي أو شفوي ، على أن يكلف الدائن المانع بإثباته ، ويكون الإثبات خاضعاً للقواعد العامة التي تتطلب الكتابة فيما إذا كان نصيب الدائن المانع يزيد على عشرة جنهات . ويوجه الاعتراض إلى المدين ، حتى يتمتع من وقت وصول الاعتراض إليه من دفع نصيب الدائن المعارض إلى أى دائن آخر من الدائنين المتضامنين . وعلى الدائن المعارض أن يبين في اعتراضه مقدار هذا النصيب ، تحت مسؤوليته ، حتى يحتج به المدين له .

١٣٤ — لا يحول التضامن دون انقسام الدين بين ورثة الدائن

التضامن : وتنص الفقرة الثانية من المادة ٢٨٠ مدني ، كما رأينا ، على ما يأتي : « ومع ذلك لا يحول التضامن دون انقسام الدين بين ورثة أحد الدائنين المتضامنين ، إلا إذا كان الدين غير قابل للانقسام » . ومقتضى هذا الحكم أنه إذا مات أحد الدائنين المتضامنين عن ورثة متعددين ، فإن الدين ينقسم عليهم كل بقدر نصيبه في الميراث ، وذلك فيما يخص بالعلاقة بينهم وبين المدين . وقد كان المدين يستطيع أن يوفى الدين كله لمورثهم قبل موته على النحو الذي سبق بيانه ، وكان المورث يستطيع أن يطالب المدين بالدين كله على النحو الذي سيأتي بيانه . ولكن بعد موت المورث لا يستطيع المدين أن يوفى لأحد الورثة من الدين كله إلا بنسبة نصيبه في الميراث ، ولا يستطيع هذا الوارث أن يطالب المدين بالوفاء إلا بنسبة هذا النصيب . فلو أن الدائنين المتضامنين كانوا أربعة ، وكان الدين ستمائة ، ومات أحد الدائنين المتضامنين عن ورثة ثلاثة بأنصبة متساوية في الميراث ، فإن كل وارث منهم يستوفى من الدين مائتين فقط . فإذا ما استوفاهما رجع عليه كل من الدائنين المتضامنين الثلاثة الآخرين بخمسين ، ويستبقى الوارث خمسين هي نصيبه في الإرث من حصة مورثه في الدين ، وقد بلغت هذه الحصة مائة وخمسين (١) .

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع النهائي في هذا الصدد : « وتظل وحدة الدين مكفولة ما بين الدائنين المتضامن حياً . فإذا مات أقسم الدين بين ورثته ، ما لم يكن غير قابل للانقسام . فلو فرض مثلاً أن ثلاثة من الدائنين تضامنوا في استيفاء دين مقداره ٣٠٠ جنيه ، وقد توفي أحدهم عن وارثين متكافئ الفرض ، فلا يجوز لأحدهما أن يطالب المدين إلا بمبلغ ١٥٠ جنيهاً » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٥٩) .

هذا إذا كان الدين قابلاً للانقسام . أما إذا كان غير قابل له ، فإنه لا ينقسم على الورثة ، بل يجوز للمدين أن يوفى الدين كله لأى وارث من ورثة الدائن المتضامن الذى مات ، كما يجوز لأى وارث أن يطالب المدين بكل الدين . فإذا استوفى أحد الورثة الدين كله ، أعطى منه لكل دائن متضامن الحصة التى له فى الدين ، ثم أعطى لكل وارث نصيبه فى الأثر من حصة المورث . ففى المثل المتقدم ، إذا قبض أحد الورثة الدين كله وهو ستائة ، أعطى لكل من الدائنين المتضامين الثلاثة الآخرين مائة وخمسين ، فبقى معه مائة وخمسون هى حصة مورثه ، يعطى منها خمسين لكل من الوارثين الآخرين ، ويستبقى لنفسه خمسين هى نصيبه فى الأثر من حصة مورثه .

وكثيراً ما يشترط فى التضامن بين الدائنين أن يكون الدين قابلاً للانقسام (١) ، توكفاً من انقسامه على ورثة الدائنين ، وتيسيراً على المدين أن يوفى الدين كله لأى من الدائنين المتضامين ولأى من ورثة هؤلاء (٢) .

١٣٥ - ولأى دائر مطالبه المدين بكل المدين : وكما يجوز للمدين

أن يوفى الدين كله لأى دائر متضامن على النحو الذى سبق بيانه وهذه هى فائدة التضامن بالنسبة إلى المدين ، كذلك يجوز لأى دائر متضامن أن يطالب المدين بالدين كله وهذه هى فائدة التضامن بالنسبة إلى الدائنين المتضامين . وقد

= هذا ويلاحظ أن أحد الورثة ، إذا طالب المدين بنصيبه مطالبة قضائية ، فقطع التقادم وجعل الفوائد تسرى ، فأنما يقطع التقادم ويجعل الفوائد تسرى ، لا لصالح الورثة الباقين فقه انقسم الدين عليهم ، بل لصالح الدائنين المتضامين الآخرين وفى حدود نصيب الوارث فقط ، أى أن التقادم ينقطع والفوائد تسرى بالنسبة إلى الدائنين المتضامين الآخرين ، فى المثل المذكور فى المذكرة الإيضاحية ، فى حدود مائة وخمسين فقط لا فى الدين كله وهو ثلثائة (يبدان ولا جارد ٨ فقرة ٨١٦ ص ٦٠٢ — ص ٦٠٣ وص ٦٠٢ هامش رقم ١) .

(١) أما مجرد اشتراط التضامن فلا يفيد وحده اشتراط أن الدين غير قابل للانقسام (استئناف مختلط ٢٦ ديسمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٩٨) .

(٢) انظر فى هذا المعنى الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ٢١٧ ص ٣٠٥ — وكثيراً ما يشترط فى الأسهم والسندات أنها لا تقبل التجزئة ، فإذا مات صاحبها من عدة ورثة لم ينقسم الحق عليهم ، ويجوز لشركة أن توفى أياً من الورثة كل الأرباح وكل الفوائد (بلاهول وريير وجابولد ٧ فقرة ١١٠٢) .

نصت الفقرة الأولى من المادة ٢٨١ مدني، كآرائنا، صراحة على هذا الحكم إذ تقول : « يجوز للدائنين المتضامنين ، مجتمعين أو منفردين ، مطالبة المدين بالوفاء ، ويراعى في ذلك ما يلحق رابطة كل دائن من وصف يعدل من أثر الدين » .

فإذا طالب أحد الدائنين المتضامنين المدين بالوفاء ، وجب على المدين أن يوفى له بالدين كله ، ويجوز لهذا الدائن إجبار المدين على ذلك . ومتى استوفى الدائن الدين ، فإن ذمة المدين تبرأ منه بالنسبة إلى الدائن الذي استوفى الدين وبالنسبة إلى سائر الدائنين . ذلك أن التضامن ، كما قلنا ، يجعل لكل دائن صفة في استيفاء الدين كله ، بالأصالة عن نفسه وبالوكالة عن غيره من الدائنين المتضامنين . والمحالة التي يعطيها من استوفى الدين من الدائنين تنفذ في حقهم جميعاً ، ولو لم تكن ثابتة التاريخ .

وللدائنين المتضامنين أن يطالبوا مجتمعين المدين بالوفاء ، وفي هذه الحالة يتعين على المدين أن يوفى كلا منهم نصيبه في الدين .

وعندما يطالب الدائن المتضامن المدين بكل الدين ، يجب عليه ، كما تقول الفقرة الأولى من المادة ٢٨١ مدني ، أن يراعى ما يلحق رابطة بالمدين من وصف يعدل من أثر الدين . فإذا كانت هذه الرابطة معلقة على شرط واقف أو مقترنة بأجل ، وجب على الدائن ألا يطالب المدين إلا عند تحقق الشرط وإلا عند حلول الأجل . وقد تكون رابطة أحا الدائنين معلقة على شرط ، ورابطة مدين ثان مقترنة بأجل ، ورابطة مدين ثالث منجزة ، فالأول لا يطالب بالدين إلا عند تحقق الشرط ، والثاني لا يطالب به إلا عند حلول الأجل ، والثالث أن يطالب به فوراً (١) .

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد : « وقد تلحق رابطة بعض الدائنين المتضامنين بالمدين وصف يختلف عن الوصف الذي تنقسم به رابطة البعض الآخر ، كأن يكون الدين معلقاً على شرط بالنسبة لفريق منهم ، ومضافاً إلى أجل بالنسبة للباقيين . وفي هذه الحالة يتعين على كل منهم أن يمتد بالوصف اللائق برابطة عند مطالبة المدين بالوفاء . وقد يطرأ هذا الوصف على الرابطة بعد تمام التعاقد ، فقد يرتضى بعض الدائنين مثلاً أن يوفى المدين أجلاً للوفاء بالدين ، وفي هذه الحالة لا يجوز أن يحتج على الدائنين الآخرين بهذا الأجل ، ما لم يتضح نقض ذلك من مشاركة ترتيب الالتزام أو من طبيعة التعامل أو من نص في القانون : انظر م ١٩٨ من المقتنين اللبناني » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٥٨) .

١٣٦ - أوجه الدفع التي يحتج بها على الدائن المطالب : تنص

الفقرة الثانية من المادة ٢٨١ مدني، كما رأينا، على ما يأتي : « ولا يجوز للمدين إذا طالبه أحد الدائنين المتضامنين بالوفاء أن يحتج على هذا الدائن بأوجه الدفع الخاصة بغيره من الدائنين ، ولكن يجوز له أن يحتج على الدائن المطالب بأوجه الدفع الخاصة بهذا الدائن وبأوجه الدفع المشتركة بين الدائنين جميعاً » . فإذا طالب أحد الدائنين المتضامنين للمدين بالوفاء ، على الوجه الذي يتناه فيما تقدم ، كان للمدين أن يدفع هذه المطالبة بأوجه الدفع الخاصة بالدائن المطالب وبأوجه الدفع المشتركة بين الدائنين جميعاً ، وليس له أن يدفع المطالبة بأوجه الدفع الخاصة بغير الدائن المطالب من الدائنين .

أما أوجه الدفع الخاصة بالدائن المطالب ، فنلها أن تكون الرابطة التي تربط المدين بهذا الدائن مشوبة بعيب في رضاء المدين لفظاً أو تدليس أو إكراه ، أو تكون هذه الرابطة قابلة للفسخ ، أو تكون قد انقضت لمقاصة وقعت بين المدين وهذا الدائن أو تجديد أو إبراء أو تقادم أو نحو ذلك ، وهذه جميعاً يحتج بها المدين على الدائن ، وسنرى تفصيلها فيما يلي .

وأما أوجه الدفع المشتركة بين الدائنين جميعاً ، فنلها أن يكون العقد الذي أنشأ الالتزام التضامني باطلاً في الأصل أو قابلاً للإبطال لنقص في أهلية المدين أو لعيب في رضاه من شأنه أن يحتج به على جميع الدائنين ، أو أن يكون العقد قابلاً للفسخ بالنسبة إلى هؤلاء جميعاً ، أو أن يكون المدين قد وفى الدين جميعه لدائن آخر غير الدائن المطالب فبرئت ذمته نحو الجميع على الوجه الذي قدمناه . فهذه الأوجه كلها يحتج بها المدين ، ويدفع بها مطالبة الدائن .

ولا يحتج المدين بأوجه الدفع الخاصة بدائن غير الدائن المطالب ، كما سبق القول . مثل ذلك تدليس أو إكراه صدر من دائن آخر ، أو سبب للفسخ قائم في جانب دائن آخر ، أو مقاصة أو إبراء أو تجديد أو تقادم وقع بالنسبة إلى دائن آخر إلا فيما يتعلق بحصة هذا الدائن (١) .

(١) ونقول المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في هذا الصدد : « أما فيما يتعلق بالوفاء ، فلكل دائن من الدائنين المتضامنين أن يستأدى المدين كل الدين . ولهم ، مجتمعين أو منفردين ، -

§ ٢ - انقضاء الدين بأسباب أخرى غير الوفاء

١٣٧ - المبدأ العام (تكررة) : رأينا أن الفقرة الأولى من المادة ٢٨٢

ملقى تنص على أنه « إذا برئت ذمة المدين قبل أحد الدائنين المتضامين بسبب غير الوفاء ، فلا تبرأ ذمته قبل باقي الدائنين إلا بقدر حصة الدائن الذي برئت ذمة المدين قبله . وقد قدمنا أن الأصل في ذلك أنه إذا كان كل دائن متضامن وكيلاً عن سائر الدائنين في استيفاء الدين إذ أن هذا الاستيفاء في مصلحتهم جميعاً فيرجعون على الدائن كل بحصته في الدين ، فانه بالنسبة إلى أسباب الانقضاء الأخرى لا يعتبر الدائن المتضامن وكيلاً عن سائر الدائنين ، بل يكون أصيلاً عن نفسه فحسب . فاذا انقضى الالتزام بسبب من أسباب الانقضاء غير الوفاء . وقام هذا السبب بأحد الدائنين المتضامين ، برئت ذمة المدين بالنسبة إلى سائر الدائنين من حصة هذا الدائن وحده ، وبقيت مشغولة بباقي الدين . وذلك لأن أسباب الانقضاء الأخرى غير الوفاء لا تفيد سائر الدائنين كالوفاء ، فلا يجوز أن يضاروا بها (١) .

ونستعرض الآن أسباب الانقضاء المختلفة لتطبيق في شأنها هذا المبدأ . وقد طبقه التقنين المدني الجديد تطبيقاً تشريعياً في التضامن بين المدينين لكثرة وقوعه ، واقتصر في التضامن بين الدائنين على إيراد المبدأ لندرة هذا التضامن

= مطالبة المدين بالوفاء أمام القضاء . ولا يجوز له إذا عمد أحدهم إلى مطالبة كل هذا الوجه أن يحجج إلا بأوجه الدفع الخاصة بهذا الدائن أو بالأوجه المشتركة بين الدائنين جميعاً . أما أوجه الدفع الخاصة بنفذه من الدائنين ، كالغش أو الإكراه الصادر منهم ، فيمتنع عليه الاحتجاج بها (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٥٨) .

(١) فالوفاء يجعل في حيازة الدائن مبلغ الدين ، ومن ثم يستطيع الدائنون الآخرون أن يحجزوا عليه لاستيفاء حقوقهم ، ويأمنون بذلك إلى حد كبير خطر إفساره إذا هم لم يتهاونوا في رجوعهم عليه . أما أسباب الانقضاء الأخرى فيعضها لا يجعل في حيازة الدائن مبلغ الدين إلا حكماً كما في التجديد واتحاد الذمة والمقاصة ، وبعضها لا يجعل في حيازة الدائن أي شيء على الإطلاق كما في الأبراء والتقدم (انظر في هذا المعنى لوران ١٧ فقرة ٢٦٨ ص ٢٧٤ وقارن بودوى وبارد ٢ فقرة ١١٤٥) .

في العمل كما قلنا (١) .

١٣٨ - التبرير : فاذا جدد أحد الدائنين المتضامنين الدين مع المدين ،

إما بتغيير محل الدين أو مصدره أو بتغيير المدين أو بتغيير الدائن نفسه ، فإن التجديد يقضى حصة الدائن في الدين بالنسبة إلى سائر الدائنين . ولأى دائن آخر أن يرجع على المدين ببقية الدين بعد أن يستزل حصة الدائن الذي وقع منه التجديد ، فلا تبرأ ذمة المدين إذن نحو سائر الدائنين إلا بقدر حصة هذا الدائن (٢) . فاذا ما رجع دائن آخر على المدين بالدين على الوجه المذكور ، فإن المدين يكون قد دفع كل الدين أولاً عن طريق التجديد ثم دفعه مرة أخرى منقوصاً منه حصة الدائن الذي وقع منه التجديد ، فيرجع على هذا الدائن بما دفعه في المرة الأخرى فإن هذا هو القدر الذي دفعه زائداً على ما في ذمته .

وهذا الحكم يختلف قليلاً عن الحكم المقابل له في التضامن السلبى ، حيث تنص المادة ٢٨٦ مدنى على أنه « يترتب على تجديد الدين بين الدائن وأحد المدينين المتضامنين أن تبرأ ذمة باقى المدينين ، إلا إذا احتفظ الدائن بحقه قبلهم » (٣) . وسيأتى تفصيل ذلك فيما يلى .

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « لعل تعيين صلة الدائنين المتضامنين بالمدين أسبق ما يعرض من المسائل بصدد التضامن الإيجابى . وقد عنتت المادتان ٤٠٤ و ٤٠٥ ببيان حكم هذه الصلة بصدد الوفاء فحسب باعتباره أهم سبب من أسباب انقضاء الالتزامات . أما ما عداه من الأسباب ، أو ما عدا ذلك من آثار هذا التضامن فى صلة الدائنين بالمدين بعبارة أهم ، فيشار عند تفصيل الأحكام الخاصة بالتضامن السلبى ، وهو أوفر حظاً من الأهمية فى نطاق العمل ، إلى تطبيقات تلك الأحكام فى نطاق التضامن الإيجابى . ومع ذلك فن المستطاع بادىء ذى بدء تقرير قاعدة عامة أفرغت فى المادة ٤٠٦ من المشروع فى البارة الآتية : إذا برئت ذمة المدين قبل أحد الدائنين المتضامنين بسبب غير الوفاء ، فلا تبرأ ذمته قبل باقى الدائنين إلا بقدر حصة الدائن الذى برئت ذمة المدين قبله ، ولا يجوز لأحد الدائنين المتضامنين أن يأتى عملاً من شأنه الأضرار بالدائنين الآخرين (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٥٧ - ص ٥٨) .

(٢) ديرانتون ١١ فقرة ١٧٦ - ماركاديه ٤ فقرة ٥٩٨ - لارومبيير ٣ ١١٩٨ فقرة ١٣ - ديجولوب ٢٦ فقرة ١٨٣ - لوران ١٧ فقرة ٢٦٩ - هيك ٧ فقرة ٣٠٤ - بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٥٦ - بلانيول وريبير وجابول ٧ فقرة ١٠٦٣ ص ٤١٨ .
(٣) ويتفق حكم تقيين الموجبات والمقود البناتى فى التضامن الإيجابى مع حكمه فى التضامن -

١٣٩ - المقاصة : وإذا وقعت مقاصة ما بين أحد الدائنين المتضامين والمدين ، فإن هذه المقاصة لا تقضى الدين بالنسبة إلى سائر الدائنين المتضامين إلا بقدر حصة الدائن الذى وقعت معه المقاصة . فلا يجوز إذن للمدين أن يتمسك قبل الدائنين بالمقاصة التى وقعت مع واحد منهم إلا بقدر حصة هذا الدائن (١) ، ثم يرجع المدين على الدائن الذى وقعت معه المقاصة بما دفعه للدائنين الآخرين زائداً عما فى ذمته . وهذا هو أيضاً حكم المقاصة فى التضامن السلبى (انظر م ٢٨٧ مدنى) .

١٤٠ - اتحاد الزمة : وإذا اتحدت ذمة أحد الدائنين المتضامين بلمعة المدين ، بأن ورث المدين أحد هؤلاء الدائنين ، فإن اتحاد الزمة لا يقضى الدين بالنسبة إلى سائر الدائنين المتضامين إلا بقدر حصة الدائن الذى وقع معه

عالميسى من حيث التجديد ، فالتجديد كقاعدة عامة مبرىء لزمه الجميع فى الحالتين كالفناء . وتنص المادة ١٣/١ من هذا التقنين على « أن موجب التضامن يسقط تجاه كل الدائنين بالإيفاء أو بأداء الموضع أو بإبداع الشيء المستحق أو بالمقاصة أو بتجديد التعاقد تجاه أحد الدائنين » . ثم تنص المادة ٣١ من نفس التقنين على « أن تجديد الموجب بين الدائن وأحد الموجب عليهم يبرىء ذمة الآخرين ، إلا إذا رضى هؤلاء بالتزام الموجب الجديد . أما إذا اشترط الدائن قبول المدينين واستمتع هؤلاء ، فالموجب السابق لا يسقط » .

(١) ماركاديه ٤ فقرة ٤٩٨ — لوران ١٧ فقرة ٢٦٨ . ولكن انظر عكس ذلك : دايبرتون ١١ فقرة ١٧٨ — لارومبيير ٣ م ١١٩٨ فقرة ٨ — ديمولومب ٢٦ فقرة ١٩٢ — هيك ٧ فقرة ٣٠٥ . وانظر أيضاً عكس ذلك المادة ١٣ من تقنين الموجبات والمقود البناني . ولا مجال فى مصر لهذا الخلاف فى الرأى لأن نص الفقرة الأولى من المادة ٢٨٢ مدنى صريح فى تقرير الحكم (مع ذلك انظر العكس : الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ٢١٩) . وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « وتسرى القاعدة نفسها على التضامن الإيجابى ، فليس المدين أن يحتج على الدائنين المتضامين بالمقاصة التى تقع بينه وبين دائن آخر إلا بقدر حصة هذا الدائن : المادة ١٥٢ من المشروع الفرنسى الإيطالى . وليس لمن انقضى دينه من الدائنين المتضامين بطريق المقاصة أن يرجع على المدين ، والدائنين الآخرين أن يرجعوا على هذا الدائن كل بقدر حصته » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٧٠) .

هذا ويحتج المدين بالمقاصة فى حدود حصته من وقعت معه حتى لو كانت المقاصة جزئية ، ولا يعترض على ذلك بعدم جواز الوفاء الجزئى ، فإن الوفاء الجزئى جائز فى المقاصة (ديمولومب ٢٦ فقرة ١٩٤ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٤٦) .

اتحاد الذمة ، فلا يتسكك المدين باتحاد الذمة إلا بقدر حصة هذا الدائن (١) .
وهذا هو أيضاً حكم اتحاد الذمة في التضامن السلبى (انظر الم ٢٨٨ مدنى (٢)) .

١٤١ - الإبراء : وإذا أبرأ أحد الدائنين المتضامنين المدين ، لم تبرأ ذمة المدين نحو سائر الدائنين المتضامنين إلا بقدر حصة الدائن الذى صدر منه الإبراء . ويرجع أى دائن آخر على المدين ببقية الدين بعد أن يستنزل نصيب هذا الدائن . وهذا هو أيضاً حكم الإبراء في التضامن السلبى (انظر المادة ١/٢٨٩ مدنى (٢)) .

(١) ومن ثم يجبر على دفع الباقي من الدين لأى دائن آخر ، وتبقى التأمينات الأصلية التى كانت تضمن الدين كله ضامنة لباقي منه (بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٦٣ ص ٢٨٣) .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « وكذلك يكون الحكم في حالة التضامن الإيجابى ، فلا يترتب على اتحاد الذمة بين أحد الدائنين المتضامنين والمدين انقضاء الدين إلا بقدر حصة هذا الدائن : انظر المادة ١٤/٥ من التقنين اللبنانى والمادة ١٥٣ من المشروع الفرنسى الإيطالى والمادة ٢/٤٢٩ من التقنين الألمانى . فإذا خلف الدائن المدين ، فلكل من الدائنين الآخرين أن يرجع عليه ، إما بوصفه دائناً قد استوفى الدين من طريق اتحاد الذمة ، وفى هذه الصورة لا يكون لمن يستعمل حق الرجوع إلا المطالبة بحصته ، وإما بوصفه وارثاً للمدين ، وفى هذه الصورة يكون لمن يستعمل حق الرجوع أن يطالب بحملة الدين بعد استنزال حصة الدائن الذى خلف المدين . وإن خلف المدين الدائن ، فلكل من الدائنين الآخرين أن يرجع عليه بحملة الدين بعد استنزال حصة هذا الدائن . ويراعى أن الصورة الأولى ممتنع تحقيقها فى تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية ، فإذا توفى المدين وورثه دائن من الدائنين المتضامنين فيظل لهذا الدائن حقه فى الرجوع بحملة الدين على التركة شأنه فى ذلك شأن أى دائن آخر » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٧٢) .

(٣) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « ولا يجوز أن يحتج في التضامن الإيجابى بالإبراء الصادر من أحد الدائنين المتضامنين على الباقيين ، فلكل من هؤلاء أن يرجع على المدين بحملة الدين بعد استنزال حصة من صدر الإبراء منه : انظر المادة ١٤/١ من التقنين اللبنانى والمادة ١٥٤ من المشروع الفرنسى الإيطالى والمادة ٢/١١٨٨ من التقنين الفرنسى والمادة ٣/٤٢٩ من التقنين الألمانى والمادة ٢٠ من التقنين البولونى » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٨٠) .

١٤٢ - التقادم : وإذا تقادم الدين بالنسبة إلى أحد الدائنين المتضامين

ولم يتقادم بالنسبة إلى الآخرين - بأن كان الآخرون مثلاً قد علق حقهم على شرط واقف أو أضيف إلى أجل ، فلم يسر التقادم بالنسبة إليهم إلا بعد سريانه بالنسبة إلى الدائن الأول ذى الحق المنجز ، فانقضى حق هذا بالتقادم دون أن تنقضى حقوق أولئك - فإن المدين لا يحتاج على سائر الدائنين الذين لم ينقص حقهم بالتقادم إلا بقدر حصة الدائن الذى قضى التقادم حقه (١) . وهذا هو أيضاً حكم التقادم فى التضامن السلبى (انظر المادة ١/٢٩٢ مدنى (٢)) .

= وتضيف المذكرة الإيضاحية، فى شأن جواز الإبراء من التضامن الإيجابى على غرار الإبراء من التضامن السلبى ، ما يأتى : « ومن الميسور أن يتصور الإبراء من التضامن بصدد التضامن الإيجابى أيضاً ، فإذا ارتضى أحد الدائنين المتضامين أن يستوفى نصيبه من الدين ، برئت ذمة المدين بقدر هذه الحصة بالنسبة للدائنين الآخرين : المادة ٢/١٣ من التقنين البنى . ويجوز أيضاً أن يصدر الإبراء من التضامن من أحد الدائنين المتضامين دون أن يستوفى حصته من الدين فعلاً ، وفى هذه الحالة يكون لسائر الدائنين الذين لم يرتضوا هذا الإبراء حق الرجوع على المدين بكل الدين . فلو فرض أن دائنين أربعة تضامنوا فى استيفاء دين مقداره ١٢٠٠ جنيه ، وأبراً أحدهم المدين من الدين ، فلكل من الثلاثة الباقين أن يرجع على المدين بمبلغ ٩٠٠ جنيه . فإذا أحصر هذا المدين إعصاراً جزئياً ، ولم يستطيع إلا أداء ٦٠٠ جنيه ، وجب أن يتحمل جميع الدائنين ، حتى من صدر الإبراء منه ، تبعة الخسارة الناشئة من هذا الإعصار وقدرها ٣٠٠ جنيه » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٨٠ - ص ٨١) .

(١) الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ٢١٤ ص ٣٠٢ - انظر عكس ذلك الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ١٢١ - ص ٢٢٢ - ص ٢٢٢ هامش رقم ١)
(٢) هذا ويبقى من أسباب انقضاء الالتزام الوفاء بمقابل واستحالة الوفاء . ففى الوفاء بمقابل ، إذا وفى المدين أحد الدائنين المتضامين الدين بمقابل ، لم يحز له أن يتمسك بذلك ضد الدائنين المتضامين الآخرين إلا بمقدار حصة الدائن الذى وفى المقابل ، وذلك قياساً على سائر أسباب الانقضاء غير الوفاء ، ولأن الدائنين الآخرين لا يتقيدون بمقابل الوفاء إلا إذا قبلوه وهم لم يفعلوا (انظر الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ٢٢٠) . أما استحالة الوفاء ، إذا وقعت على محل الدين وكانت بسبب أجنبى ، فإنها تقضى الدين بالنسبة إلى الدائنين جميعاً . فإذا كانت الاستحالة خطأ المدين ، كان مستولاً عن التمييز لجميع الدائنين بالتضامن فيما بينهم (بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٣٢ ص ٢٦٢ هامش رقم ١) .

٣٥ - أعمال الدائن التي من شأنها نفع سائر الدائنين أو الإضرار بهم

١٤٣ - المبدأ العام (تذكرة): رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ٢٨٢ منقذ تنص على مايلقى : « ولا يجوز لأحد الدائنين المتضامين أن يأتي عملاً من شأنه الإضرار بالدائنين الآخرين » . وقد قدمنا أن الأصل في ذلك أن وكالة كل دائن متضامن عن سائر الدائنين المتضامين إنما تقوم في كل عمل من شأنه أن ينفعهم ، وهي لا تقوم في أى عمل من شأنه أن يضر بهم . وهذا جد معقول ، فإن الدائنين المتضامين إذا وكل كل منهم الآخر فاعلموا بكونه فيما ينفعه لا فيما يضره . والمبدأ ذاته متبع أيضاً في التضامن السلبي كما سنرى .

ونطبقه الآن - كما طبقه المشرع في صدد التضامن السلبي - على نوعين من الأعمال : (١) أعمال من شأنها نفع الدائنين الآخرين فيسرى أثرها في حقهم ، ونستعرض منها قطع التقادم ووقفه وإعذار المدين ومطالبته مطالبة قضائية والصلح معه صلحاً يفيد الدائنين وإقراره بالدين والحكم الذي يصدر لصالح أحد الدائنين . (٢) وأعمال من شأنها الإضرار بالدائنين الآخرين فلا يسرى أثرها في حقهم ، ونستعرض منها إعذار الدائن والخطأ الذي يصدر منه والصلح مع المدين صلحاً يضر الدائنين ونكول الدائن عن الدين وتوجيه الدين للمدين والحكم الذي يصدر لصالح المدين .

١٤٤ - الأعمال النافعة : إذا قطع أحد الدائنين المتضامين التقادم ينقطع لصالح سائر الدائنين المتضامين ، لأن الدائن الذي قطع التقادم يعتبر وكيلاً عنهم في هذا العمل الذي يفيدهم جميعاً (١) . وعكس ذلك هو حكم قطع التقادم في التضامن السلبي ، إذا قطع الدائن التقادم ضد أحد المدينين

(١) وإذا انقسم الدين على ورثة أحد الدائنين المتضامين ، على الوجه الذي بيناه فيما تقدم ، فإن قطع أحد الورثة للتقادم لا يفيد بقية الورثة لأنه غير متضامن معهم بل إن الدين قد انقسم عليهم . ولكنه يفيد بقية الدائنين المتضامين في حدود نصيب الورث الذي قطع التقادم لأنه متضامن مع هؤلاء الدائنين ، وقد سبق ذكر ذلك (انظر آنفاً فقرة ١٣٤ في الهامش - وانظر ديرانتون ١١ فقرة ١٨٠ - لاروسير ٣ ١١٩٩ فقرة ٤ - لوران ١٧ فقرة ٢٦٣ - بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٤٨ - بيدان ولاجار ٨ فقرة ٨١٦ ص ٦٠٢ - ص ٦٠٣ وص ٦٠٢ هامش رقم ١) .

المتضامين ، فان قطع التقادم ضده لا يضر بالمدينين الآخرين (انظر المادة ٢/٢٩٢ مدني) . وإذا كان سريان التقادم موقوفاً بالنسبة إلى أحد الدائنين المتضامين ، بأن كان مثلاً ناقص الأهلية وليس له ولي ، فانه لا يوقف بالنسبة إلى باقي الدائنين ممن لا يقوم بهم سبب لوقف التقادم (١).

وإذا أعذر أحد الدائنين المتضامين المدين ، اعتبر المدين معذراً لصالح سائر الدائنين المتضامين ، لأن الإعذار عمل يفيدهم جميعاً . وكذلك إذا طالب الدائن المدين مطالبة قضائية بالفوائد ، فان الفوائد تسرى أيضاً لصالح سائر الدائنين . والحكم عكس ذلك في التضامن السلبي ، فان ما يعتبر مفيداً للدائن يكون ضاراً بالمدين (انظر المادة ٢/٢٩٣ مدني) .

وإذا صالح أحد الدائنين المتضامين المدين ، وتضمن الصلح إقرار المدين بالمدين أو رتب في ذمته التزاماً أو زاد في التزامه ، فان هذا الصلح يفيد منه باقي الدائنين (٢). (انظر في التضامن السلبي المادة ٢٩٤ مدني) .

وإذا أقر المدين لأحد الدائنين المتضامين بالمدين ، أفاد سائر الدائنين من هذا الإقرار ، بخلاف ما إذا أقر أحد الدائنين للمدين فان هذا الإقرار لا يسرى في حق الباقيين (انظر في التضامن السلبي المادة ١/٢٩٥ مدني) .

وإذا صدر حكم على المدين لصالح أحد الدائنين المتضامين ، جاز للدائنين المتضامين الباقيين أن يتمسكوا بهذا الحكم لصالحهم ، إلا إذا كان الحكم مبنياً على سبب خاص بالدائن الذي صدر الحكم لصالحه (انظر في التضامن السلبي المادة ٢/٢٩٦ مدني) (٣).

(١) مازكاويه ٤ فقرة ٥٩٩ - لوران ١٧ فقرة ٢٦٤ - هيك ٦ فقرة ٣٠٧ - بودري وبارد ٢ فقرة ١١٤٩ - بلانيول وريبير وجابولك ٧ فقرة ١٠٦٣ ص ٤١٨ عكس - ذلك: ديرانتون ١١ فقرة ١٨٠ - لاروميير ٣ م ١١٩٩ فقرة ٣ - ديملوب ٢٦ فقرة ١٧١ .
(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد : « إذا تصالح أحد الدائنين المتضامين مع المدين ، أفاد من هذا الصلح باقي الدائنين ، متى كان صلحه هذا يتضمن إقراراً بالحق أو بالمدين . أما إذا كان ينطوي على إبراء من الدين أو يسره إلى مركزهم ، فلا ينفذ في حقهم ما لم يرتضوا ذلك : انظر المادتين ١٨ و ١٩ من التقنين البناني » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٨٩) .

(٣) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد : « وتسرى القاعدة أيضاً على التضامن الإيجابي ، فإذا حكم لصالح أحد الدائنين المتضامين على المدين ، أفاد من -

١٤٥ - **الاعمال المضارة** : أما إذا أعذر المدين أحد الدائنين

المتضامين ، فإن هذا الإعذار لا يسرى في حق الباقيين ، لأن هذا عمل من شأنه الأضرار بهم وهم لم يوكلوا الدائن المعذر في عمل يضرهم (انظر في التضامن السلبى المادة ٢/٢٩٣ مدنى) .

وإذا ارتكب أحد الدائنين المتضامين خطأ استوجب مسئوليته قبل المدين ، فإن هذا الخطأ لا يتعدى أثره إلى سائر الدائنين المتضامين ولا يكونون مسئولين عنه ، ولا يكون أى دائن متضامن مسئولاً إلا عن فعله (انظر في التضامن السلبى المادة ١/٢٩٣ مدنى) .

وإذا صالح أحد المتضامين المدين وكان الصلح ينطوى على نزول من الدائن عن بعض حقه ، فإن هذا الصلح لا يسرى في حق الدائنين المتضامين الآخرين ، ولا يعد هؤلاء نازلين عن بعض حقهم إلا إذا قبلوا هذا الصلح (انظر في التضامن السلبى المادة ٢٩٤ مدنى) (١) .

وفي توجيه اليمين ، إما أن يوجه المدين اليمين لأحد الدائنين المتضامين أو يوجه أحد الدائنين المتضامين اليمين للمدين . ففي الحالة الأولى ، إذا حلف الدائن المتضامن أفاد من حلفه الباقيون ، وإذا نكل لم يضار الباقيون بنكوله . وفي الحالة الثانية ، إذا حلف المدين لم يضار الدائنون الآخرون بحلفه ، وإذا نكل أفاد من نكوله الدائنون الآخرون (انظر في التضامن السلبى المادة ٣٢/٢٥٩ مدنى) .

= هذا الحكم باقٍ للدائنين ، أما إذا قضى لصالح المدين فلا يضار الباقيون بهذا الحكم . وإذا ألغى الحكم الصادر لصالح أحد الدائنين ، زال أثره بالنسبة لباقي الدائنين ، ولكن إذا كان جميع الدائنين قد اختصموا في الدعوى ثم قضى بإلغاء الحكم بالنسبة لأحدهم فلا يضار بذلك الباقيون . ولا يترتب على إعلان الحكم لأحدهم سريان المواعيد المقررة للعلن في الأحكام بالنسبة لباقيين » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٩٤) .

هذا وإذا ارتكب المدين خطأ يستوجب مسئوليته ، فإنه يكون مسئولاً قبل جميع الدائنين المتضامين .

(١) انظر ما سبق ذكره من المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٨٩ (أنفاً فقرة ١٤٤ في الهامش) .

وإذا صدر حكم ضد أحد الدائنين المتضامين لصالح المدين ، فإن هذا الحكم لا يحجج به ضد سائر الدائنين المتضامين (انظر في التضامن السليبي المادة ١/٢٩٦ مدني (١) .

وهكذا يضطرد المبدأ الذي قدمناه : ما كان من عمل يفيد سائر الدائنين فانهم يفيلون منه ، وما كان من عمل يضرهم فانهم لا يضارون به .

المطلب الثاني

علاقة الدائنين المتضامين بعضهم ببعض

١٤٦- النصوص القانونية : تنص المادة ٢٨٣ من التقنين المدني على ما يأتي :

١ - كل ما يستوفيه أحد الدائنين المتضامين من المدين يصبر من حق الدائنين جميعاً ويتحاصون فيه .

٢ - وتكون القسمة بينهم بالتساوي ، إلا إذا وجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك (٢) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ١٠٧/١٦١ (٣) .

(١) انظر ما سبق ذكره من المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٩٤ (آنفاً فقرة ١٤٤ في الهامش) . وانظر لوران ١٧ فقرة ٢٧١ . وانظر عكس ذلك في القانون الفرنسي لارومبير ٢٣ ١١٩٨ فقرة ١٥ — ديجولومب ٢٦ فقرة ١٩١ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٥٩ ، ولكن يلم الفقهاء الفرنسيون بأن الحكم الصادر ضد الدائن لسبب خاص به ، كتكوله عن المدين أو إقراره أو توجيه المدين فيحلفها ، لا يبرى في حق الدائنين الآخرين (بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٦٠ — ديجولومب ٢٦ فقرة ١٩١) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٤٠٧ من المشروع التمهيدي عل وجه مطابق

لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة ، وأصبحت المادة رقمها ٣٩٧ في المشروع النهائي . ثم وافق عليها مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٢٨٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٦٠ — ص ٦٢) .

(٣) التقنين المدني السابق م ١٠٧/١٦١ (ونريد ذكرها) : إذا تضمن التمهيد التفويض =

ويقابل في التقنيات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٢٨٣ ، وفي التقنين المدني الليبي المادة ٢٧٠ ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ٣١٩ ، وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المواد ٢٠ - ٢٢ (١) .

١٤٧ - انقسام الدين في عقود الدائنين بعضهم ببعض : إذا كان

الدين لا ينقسم في علاقة الدائنين المتضامنين بالدين ، بل يجوز لأى دائن استيفاء كل الدين من المدين ويجوز للمدين دفع الدين كله لأى دائن ، فان الدين في علاقة الدائنين بعضهم ببعض ينقسم . وما يستوفيه أحد الدائنين المتضامنين من الدين يصير من حق الدائنين جميعاً ، منقسماً بينهم لكل منهم حصته (م ٢٨٣ / ١ مدني) .

= من كل من المتعهد لهم الباقي في استيفاء الشيء المتعهد به ، يكون كل منهم قائماً مقام الباقي في ذلك . وفي هذه الحالة تتبع القواعد المتعلقة بأحوال الوكيل .

(ومادامت قواعد الوكالة هي التي تطبق ، فهي تسمى أيضاً في علاقة الدائنين بعضهم ببعض ، ويعتبر من استوفى الدين من الدائنين وكيلاً عن كل من الآخرين في قبض نصيبه ، ضليه أن يسلمه إياه . وهذا هو نفس الحكم الذي قرره التقنين المدني الجديد) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٢٨٣ (مطابقة المادة ٢٨٣ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٢٧٠ (مطابقة المادة ٢٨٣ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٣١٩ (متفق في الحكم مع المادة ٢٨٣ من التقنين المدني المصري) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٢٠ : ما يأخذه كل واحد من الدائنين المتضامنين ، سواء

أكان بالاستيفاء أم بالصلح ، يصبح مشتركاً بينه وبين الدائنين الآخرين ، فيشتركون فيه على نسبة حصصهم . وإذا حصل أحد الدائنين على كفالة أو حوالة لحصته ، فيحق للدائنين الآخرين الاشتراك فيما يوفيه الوكيل أو المحال عليه ، هذا كله ما لم يستتج العكس من العقد أو القانون أو ماهية القضية .

م ٢١ : بعد الايفاء يقيم مجموع الدين حصصاً متساوية إذا لم يشترط العكس .

م ٢٢ : إن الدائن المتضامن الذي لا يتمكن بعد الاستيفاء من تقديم المال المستوفى لسبب يستد إلى خطأه هو مسئول تجاه الدائنين الآخرين على قدر حصصهم .

(والأحكام واحدة في التقنينين اللبناني والمصري ، سواء من حيث المبدأ أو من حيث

التفصيلات التي أوردتها التقنين اللبناني ويمكن استخلاصها من تطبيق القواعد العامة في مصر دون حاجة إلى نص) .

وهذه القاعدة تسرى أيا كانت طريقة الدائن في استيفاء الدين . فيجوز أن يستوفيه رأساً من المدين ، كما يجوز أن يستوفيه من كفيل للمدين ، أو من محال عليه إذا حول المدين الدائن بحق للمدين على الغير وهذه هي حوالة الحق ، أو حوله بالدين على مدين آخر وهذه هي حوالة الدين (١) .

وتسرى القاعدة أيضاً أياً كان المقدار الذي استوفاه الدائن : كل الدين أو بعضه . فإذا كان قد استوفى بعض الدين ، جاز لكل دائن آخر أن يرجع عليه رجوعاً جزئياً بقدر حصته في هذا البعض . أما إذا اتفق الدائن مع المدين على أن يفي له بحصته وحده في الدين ، فقد قلنا أن هذا الاتفاق يصح ، وتبرأ ذمة المدين بقدر هذه الحصة ، ويكون لأي دائن آخر أن يطالب المدين ببقية الدين بعد أن يستنزل حصة الدائن الذي استوفى حصته (٢) ، وإن كان هناك رأى يذهب إلى أن الدائنين الآخرين لم حتى في هذه الحالة الرجوع على المدين الذي قبض حصته كل بنسبة حصته في الدين (٣) ، وقد تقدمت الإشارة إلى ذلك (٤) .

(١) انظر المادة ٢٠ من تقنين الموجبات والمقود البناني . أما الاستيفاء بطريق الصلح الذي يشير إليه التقنين البناني فيجب فيه التمييز بين ما إذا كان الصلح سائياً في حق سائر الدائنين طبقاً للقواعد التي قلنا أنها فيكون للدائنين أن يرجعوا بحصصهم في مقابل الصلح على الدائن الذي وقع منه الصلح ، وبين ما إذا كان الصلح غير سائراً في حق سائر الدائنين فيكون لأي دائن منهم الرجوع على المدين ببقية الدين بعد أن يستنزل حصة الدائن الذي وقع منه الصلح .

(٢) انظر آنفاً فقرة ١٣٢ .

(٣) (٤) لارومبيير ٣ م ١١٩٧ فقرة ٢٩ — ديجولومب ٢٦ فقرة ١٥٦ — فقرة ١٥٨ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٣٦ وفقرة ١١٦٦ .

(٤) انظر آنفاً فقرة ١٣٢ في الهامش — هذا وتنص المادة ٢٢ من تقنين الموجبات والمقود البناني على : أن الدائن المتضامن الذي لا يتمكن بعد الاستيفاء من تقديم المال المستوفى لسبب يستدعي خطأه هو مسئول تجاه الدائنين الآخرين على قدر حصصهم . وهذا الحكم هو مجرد تطبيق للقواعد العامة ، فيمكن الأخذ به في مصر دون نص . ومن ثم إذا ارتكب الدائن الذي استوفى الدين خطأ ، كان مسئولاً عنه — مسئولية الوكيل أو مسئولية الفضول — قبل الدائنين الآخرين . فإذا كان الدين مثلاً مدينين فقبضها من المدين ثم هلك خطأه ، كان مسئولاً من نصيب كل دائن آخر بقدر حصته في الدين المقبوضة .

١٤٨ - الأساس القانوني لرجوع كل دائن بحصته : ويجب أن

نلتزم الأساس القانوني لرجوع كل دائن بحصته في العلاقة التي قام التضامن على أساسها بين الدائنين المتضامين . فهم ولا شك شركاء في مصلحة واحدة . فقد يكونون ملاكاً على الشيوخ لدار باعوها معاً متضامين في استيفاء الثمن من المشتري . فعقد البيع الذي أنشأ الالتزام بالثمن وأنشأ في الوقت ذاته علاقة التضامن ما بين البائعين يمكن أن تستخلص منه ، في هذه الحالة ، وكالة ضمنية صادرة من كل بائع للبائعين الآخرين في استيفاء الثمن نيابة عنه وبتوكيله . فإذا أمكن استخلاص ذلك - وهو ممكن في أكثر الأحوال - كان أساس الرجوع هو عقد الوكالة الضمنية المستخلص من رابطة التضامن (١) .

وإذا لم يمكن استخلاص وكالة ضمنية ، فإن قبض أحد الدائنين لجميع الدين إنما يكون أصالة في حصته ، وفضالة في حصص سائر الدائنين . فيرجع هؤلاء على الدائن الذي استوفى الدين ، كل بقدر حصته ، على مقتضى قواعد الفضالة .

وسنرى في التضامن السليبي أن المدين المتضامن ، إذا وفي كل الدين ، رجع على المدينين المتضامين كل بقدر حصته ، إما بدعوى شخصية تقوم على الوكالة أو الفضالة كما في التضامن الإيجابي ، وإما بدعوى الحلول فيحل المدين الذي وفي الدين محل الدائن في الدين الذي وفاه . ولا تتصور دعوى الحلول في التضامن الإيجابي ، فإن هذه الدعوى لا تكون إلا لمدين دفع الدين ويريد الرجوع على المدينين الآخرين فيحل محل الدائن في هذا الرجوع ، ولا شيء من ذلك فيما نحن فيه .

وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في بيان الأساس الذي يقوم عليه حق الرجوع ما يأتي : « وليس يبقى بعد ذلك سوى بيان الأساس الفقهي الذي يقوم عليه رجوع الدائنين المتضامين فيما بينهم . وغنى عن البيان أن دعوى الحلول ، لا يتصور أن تتخذ أساساً في هذا الشأن . فالأمر سينحصر إذن في

(١) وعلى هذا الأساس كان التقنين المدني السابق (١٠٧ / ١٦١) ، كما رأينا ، يبنى

الدعوى الشخصية . وهي تؤسس على ما يكون بين هؤلاء الدائنين من علاقات سابقة ، قد يكون مصدرها وكالة أو فضالة » (١) .

١٤٩ - كيف تتعين مصير كل دائر متضامن : يغلب أن يكون هناك

اتفاق سابق بين الدائنين المتضامين يعين لكل دائر حصته في الدين . وقد يتولى القانون هذا التعيين إذا لم يكن هناك اتفاق . فإذا أغفل اليائعون في الشروع مثلاً تعيين نصيب كل منهم في الثمن ، فإن القواعد القانونية تقضى بأن الثمن ينقسم بينهم كل بنسبة حصته في الدار الشائعة المبيعة .

بل إن القواعد القانونية قد تقضى بأن يكون أحد الدائنين المتضامين هو وحده صاحب المصلحة في الدين ، وذلك إذا كان الدائنون الآخرون ليسوا إلا وكلاء مخرمهم للعمل بالنيابة عنه ، وجعلهم دائنين متضامين معه . ففي مثل هذه الحالة إذا كان الذي استوفى الدين من المدين هو الدائن صاحب المصلحة فيه ، فليس لأحد من الآخرين حق الرجوع عليه بشيء . أما إذا كان الذي استوفى الدين هو دائر آخر ، فإن صاحب المصلحة في الدين يرجع عليه بكل ما قبض ، لأنه هو وحده صاحب الدين (٢) .

فإذا لم يوجد اتفاق بين الدائنين أو نص في القانون ، لم يبق إلا اعتبار الدائنين المتضامين متساوين جميعاً في حصصهم ، رقس الدين بينهم بحسب الرؤوس (parts viriles) ، وهذا ما تقضى به الفقرة الثانية من المادة ٢٨٣ مدني (٣) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٦١ .

(٢) وفي هذا المعنى تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « يعتبر الدين وحدة لا تقبل التجزئة في صلة الدائنين بالمدين ، ولكنه على تقيض ذلك ينقسم في صلة الدائنين بعضهم ببعض . ويتفرع على ذلك أن كل ما يستوفى أحد الدائنين من الدين يصير من حق هؤلاء الدائنين جميعاً ، ويتعاضون فيه بنسبة أنصبتهم ، وفقاً لما اتفقوا عليه صراحة أو ضمناً . فإذا كان أحدهم هو صاحب المصلحة في الدين وحده ، وكان الباقيون مجرد وكلاء سخرؤا في الواقع من الأمر ، استقل هذا الدائن وحده بالدين بأسره إن كان قد استرقاه ، وله أن يرجع به كله على من يستأديه من سائر الدائنين » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٦٠ — ص ٦١) .

(٣) والأصل أن الحصص تكون متساوية ، ما لم يثبت أن هناك اتفاقاً أو نصاً يقضى بغير ذلك ، ومن يدعى من الدائنين عدم التساوى هو الذي يحمل عبء إثبات ذلك وفقاً للقواعد العامة =

« فلو فرض — كما تقول في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي — أن أحد دائتين ثلاثة استوفى كل الدين ، وكان مقداره ٣٠٠ جنيه ، تعين انقسام المبلغ بينهم بالتساوى ، فيكون لكل من الدائنتين الآخرين أن يرجع على الدائن الأول بمبلغ مائة جنيه . ولو فرض أن هذا الدائن أعسر لإعساراً جزئياً لا يتاح معه إلا أداء نصف ديونه ، تحمل الدائتان الآخران تبعة هذا الإعسار كل بنسبة نصف نصيبه (فيحصل كل منهما على خمسين جنيهاً بدلاً من مائة ، ولا يتحمل المدين تبعة إعسار الدائن وهذه هي فائدة التضامن بالنسبة إليه) . وكذلك يكون الحكم لو أن المدين نفسه هو الذى أعسر ولم يتيسر لمن طالبه من الدائنتين المتضامنين إلا استيفاء نصف الدين أى مبلغ ١٥٠ جنيه ، فلا يكون لكل من الدائنتين الآخرين في هذه الحالة أن يستوفى إلا مبلغ خمسين جنيهاً ، وعلى هذا النحو يتحمل الدائتون الثلاثة تبعة هذا الإعسار كل بنسبة النصف من نصيبه (١) .

المبحث الثالث

صورة خاصة من التضامن بين الدائنين (الدين المشترك)

١٥٠ — الدين المشترك صورة خاصة من التضامن بين الدائنين

يمررها الفقه الاسلامي والتقنين المراتى المراتى دوره التقنين المراتى المصرى
وسائر التقنينات العربيه : وهناك صورة خاصة من التضامن بين
الدائنين لا تصل إلى المدى الذى رسمناه فيما تقدم ، بل تقتصر عنه في بعض
التواحي ، وهذه الصورة الخاصة هي ما يعرفه الفقه الإسلامى تحت اسم « الدين

= في الإثبات، فلا يجوز إثبات الاتفاق إذا كانت قيمة الحصة تزيد على عشرة جنيهات إلا بالكتابة
أو بما يقوم مقامها (انظر في هذا المعنى بودى وبارد ٢ فقرة ١١٦٥ ص ٢٨٥) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٦١ — وانظر في بعض التشريعات الأجنبية في
التضامن من ما بين الدائنين بودى وبارد ٢ فقرة ١١٦٧ — فقرة ١١٦٩ .

المشترك (١) . وقد نقلها عن الفقه الإسلامى - وعن المجلة بنوع خاص -
التقنين المدنى العراقى ، ولم ينقلها التقنين المدنى المصرى ولا التقنينات المدنية
العربية الأخرى . ومن ثم يكون هذا البحث مقصوداً ، من ناحية التطبيق ، على
التقنين المدنى العراقى دون غيره من التقنينات المدنية العربية .

ونبحث الدين المشترك كما بحثنا التضامن بين الدائنين ، فنستعرض : (أولاً)
مصدر الدين المشترك (ثانياً) الآثار التى ترتب على الاشتراك فى الدين .

(١) يعرف الفقه الإسلامى ، إلى جانب نظام الدين المشترك ، نظام التضامن سواء بين
الدائنين أو بين المدينين .

فالتضامن بين الدائنين يقوم فى شركة المفاوضة ، سواء كانت شركة أموال أو شركة أعمال
أو شركة وجوه ، متى كان الدين ناشئاً عن أعمال التجارة . فيعتبر الشركاء دائنين متضامنين بالدين
إذا باع أحدهم مالا للشركة ، ويحسبون كذلك دائنين متضامنين بالتصويص إذا اغتصب شخص
مالاً لشركة . كذلك يقوم التضامن بين الدائنين فى شركة العنان إذا كانت شركة أعمال ، فالشركاء
دائنون متضامنون بالأجر المستحق . وأثر التضامن بين الدائنين يحل لكل دائن أن يطالب
المدين بكل الدين ، وإذا وفى المدين أحد الدائنين كل الدين برئت ذمته نحو الجميع . ويرجع
الدائنون على شريكهم الذى قبض الدين ، كل منهم بحصة ، وحصصهم دائماً متساوية فى شركة
المفاوضة . والتضامن بين الدائنين فى شركة المفاوضة يقوم على فكرة الوكالة ، فكل شريك
وكيل من الآخر فى القبض والتقاضى وفى جميع حقوق العقد . ويقوم التضامن بين الدائنين فى
شركة العنان على تضامهم كدائنين ، فالشركاء مدينون متضامنون فى التزامهم بالعمل فيكونون
دائنين متضامنين فى حقهم فى الأجر .

والتضامن بين المدينين يقوم بين الشركاء فى شركة المفاوضة ، ولو نشأ الدين من غير أعمال
التجارة ، ما دام ذا صيغة مالية . ويقوم كذلك فى شركة العنان إذا كانت شركة أعمال ، فيكون
الشركاء متضامنين فى التزامهم بالعمل كما قلنا . وهم أيضاً مدينون متضامنون بالتصويص المستحق
فى حالة هلاك الشيء المسلم لهم ، ولو كان الهلاك منسوباً خطأً لأحدهم دون الآخرين . وهناك أيضاً
تضامن اتفاق بين المدينين : فإذا نشأ الالتزام من مصدر واحد وكان محله واحداً وتمدد المدينون
وكفل بعضهم بعضاً كانوا جميعاً مدينين متضامنين . والتضامن بين المدينين ، سواء كان اتفاقياً
أو قانونياً (فى شركتى المفاوضة والعنان) ، يقوم على فكرة الكفالة المتبادلة بين المدينين .
ومن ثم فأحكام الكفالة هى التى تسرى ، ويجوز للدائن أن يرجع على أى مدين بكل الدين بصفته
أصيلاً من نفسه وكفيلاً للمدينين الآخرين ، وكذلك يجوز لأى مدين أن بين الدائن الدين كله
بصفته أصيلاً وكفيلاً . وإذا وفى أحد المدينين الدين كله للدائن ، رجع على المدينين الآخرين
ككفيل إذا كانت الكفالة بأمرهم ، وله أن يرجع على كل منهم بحصة ، كما له أن يرجع على
أى منهم بحصة وينصيبه فى حصص الآخرين ثم يرجعان معاً بالباقى على سائر المدينين . فلو كان
الدين ثلاثاً ، وكان المدينون المتضامنون ثلاثة حصصهم متساوية ، وفى أحدهم الدين كله -

المطلب الأول

مصدر الدين المشترك

١٥١ - نص في النقيب العراقي : تنص المادة ٣٠٣ من القانون

المدني العراقي على ما يأتي :

١ - يكون الدين مشتركاً بين عدة دائنين إذا نشأ من سبب واحد ، وكان غير متجزئ ، إما لوحدة الصفقة أو لسبق الاشتراك في المال الذي نشأ عنه الدين .

٢ - فيعتبر ديناً مشتركاً ثمن المبيع المشترك بين اثنين أو أكثر ، و ثمن الشئنين ولو كانا غير مشتركين ، ما دام البيع في الحالين قد صدر صفقة واحدة من غير تعيين ثمن حصة كل واحد . ويعتبر ديناً مشتركاً كذلك الدين الآيل بالإرث إلى عدة ورثة ، وقيمة المال المشترك إذا استهلك ، ويدل القرض المستقرض من مال مشترك .

ويتبين من هذا النص أن الدين المشترك بين عدة دائنين له مصدر واحد

= للدائن ، فإنه إما أن يرجع على كل من المدينين الآخرين بمائة ، وإما أن يرجع على أحدهما بمائة وهي حصته في الدين وبخمسين وهذا هو نصيبه في حصة المدين الثالث ثم يرجع كل منهما على المدين الثالث بمخمسين . انظر في التضامن بين الدائنين وبين المدينين في الفقه الإسلامي الأستاذ شفيق شحاتة في النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية ص ٢٠٣ - ٢٧٨ .

ويتبين مما قدمناه أن الكفالة هي التي جعلت أساساً للتضامن السببي في الفقه الإسلامي ، وساعد على ذلك أن الكفيل لا يملك حق التجديد في الفقه الإسلامي ، فلذلك أن يطالب بالمدين كله أياً شاء المدين الأصل أو الكفيل ، ختمت أحكام الكفالة على هذا النحو مع أحكام التضامن إلى مدى بعيد . أما تاريخ الكفالة في الفقه العربي فهو على العكس من ذلك ، إذ التضامن هو الذي وجد أولاً وكان أساساً للكفالة ، ثم تميز الكفيل بعد ذلك عن المدين المتضامن حتى كسب في النهاية حق التجديد .

ونظام المدين المشترك ، كما سنرى ، يحتل مكاناً بارزاً في الفقه الإسلامي ، وهو أكثر بروزاً من نظام التضامن ، فقد أنافس الفقه الإسلامي في تفصيل قواعده ، وجعله نظاماً أصيلاً تقوم مبادئه مستقلة على فكرة الاشتراك .

لا يتعدد . ويجب إلى جانب ذلك أن يكون هناك اشتراك في الدين بين الدائنين ،
فألم يوجد هذا الاشتراك انقسم الدين على الدائنين المتعديدين وأصبح ديناً متعدد
الأطراف (obligation conjointe) على النحو الذي قدمناه .

والاشتراك في الدين إما أن يرجع إلى طبيعة الأشياء بأن يكون المال الذي
نشأ عنه الدين مالا مشتركاً (أى شائعاً) بين الدائنين فينشأ الاشتراك في الدين
من سبق الاشتراك في المال الذي نشأ عنه الدين ، وإما أن يرجع إلى اتفاق
المتعاقدين إذا تعدد الدائنون واتفقوا مع المدين على أن يكون الدين مشتركاً بينهم
وذلك بأن يجعلوا الصفقة واحدة .

فهناك إذن مصدران للاشتراك في الدين : (١) سبق الاشتراك في المال الذي
نشأ عنه الدين (٢) ووحدة الصفقة . فنتناولهما متعاقبين بالبحث .

١٥٢ - سبق الاشتراك في المال الذي نشأ عنه الدين : في هذه

الصورة يكون هناك مال شائع بين اثنين أو أكثر ويكون هذا المال هو مصدر
الدين المشترك .

ويصح في هذه الحالة أن ينشأ الدين مشتركاً منذ البداية ، ويتحقق ذلك إذا
آل دين للتركة إلى ورثة متعددين . فإذا كان للتركة دين في ذمة مدين لها ، وكان
الورثة ثلاثة مثلاً - زوجاً وابناً وبناتاً - فكان للزوج الربع وللبن النصف
وللبنت الربع ، كان هذا الدين الذي للتركة ديناً مشتركاً منذ البداية بين الورثة
الثلاثة بالحصص المتقدمة الذكر (١) .

وقد يكون الموجود في البداية هو المال الشائع لا الدين المشترك ، ثم ينشأ
الدين المشترك بعد ذلك عن المال الشائع . مثل ذلك أن يرث ورثة متعددون
عيناً من أعيان التركة على الشيوع ويبيع الورثة العين صفقة واحدة ، فالدين
بالمثل الذي نشأ عن هذا المال الشائع يكون ديناً مشتركاً بين الورثة المتعديدين .
وقد يكون سبب الشيوع في العين سبباً آخر غير الميراث ويبيع الملاك في الشيوع

(١) وكذا إذا أوصى المتوفى لرجلين بالدين الذي له حل آخر ، فالدين أيضاً مشترك بينهما
للتحد سببه وهو ... الوصية (شرح المجلة لسليم بزم ١٠٩٢ ص ١١١) .

العين صفقة واحدة ، فيكون الدين بالثمن هنا أيضاً ديناً مشتركاً بين البائعين المتعديدين . وإذا كانت العين الشائعة بين الملاك المتعديدين قد أتلّفها شخص فوجب عليه التعويض للمالك العين ، فالدين بالتعويض الذي نشأ عن هذا المال الشائع يكون ديناً مشتركاً بين الملاك المتعديدين . وإذا أقرض الملاك المتعددون شخصاً مالا شائعاً بينهم ، فالدين برد القرض وقد نشأ عن مال شائع يكون ديناً مشتركاً بين المقرضين المتعديدين (١).

وزى من الأمثلة المتصلة أن الدين المشترك في الصورة التي نحن بصدها هو دين قابل للتجزئة ، ولكن طبيعة الأشياء - أي سبق الاشتراك في المال - اقتضت أن يبقى الدين مشتركاً بين الدائنين المتعديدين .

(١) وقد ذكرنا في بيع المال الشائع - سواء صدر البيع من الورثة أو من الملاك في الشيوع - أن البيع يجب أن يصدر صفقة واحدة ، ولم نذكر ذلك في دين التعويض عن إتلاف مال مشترك ولا في التزام المقرض برد المال المشترك الذي اقترضه . ذلك أن التعويض في حالة الإلتلاف ، والمال الذي يرده المقرض في حالة القرض ، إنما هو بديل عن المال المشترك الذي كان سبباً في نشوء الدين ، فيتخذ صفته ويكون مالا مشتركاً مثله . أما الثمن ، في حالة بيع المال المشترك ، فلا يتخذ صفة مال مشترك إلا إذا كان المبيع قد بيع على أنه مال مشترك أي بيع صفقة واحدة ، لاحتمال أن يبيع كل مالك على الشيوع نصيبه في المال الشائع على حدة فتتعدد الصفقة وينقسم الثمن على البائعين فلا يكون ديناً مشتركاً .

ويقول الأستاذ شفيق شحاتة في مناسبة القرض والعمل غير المشروع ما يأتي : « ويلاحظ مع ذلك أن دين المقرضين يعتبر ديناً واحداً إذا كان المبلغ المقرض من مال مشترك ولو أن عقد القرض لا يعتبر صفقة واحدة عند تعدد المقرضين ، ذلك أن الاشتراك هنا قد فرضته طبيعة الأشياء فهو نتيجة حتمية لكون المبلغ المقرض مشتركاً - إن المقرض يرد مثل ما اقترض تماماً ، فكان من الطبيعي أن يبقى المردود مشتركاً كما كان المأخوذ ، ولذلك لا يكون المردود مشتركاً إذا لم يكن المأخوذ كذلك ، أي لا يكون الدين واحداً إذا لم يكن القرض من مال مشترك . وهذا هو كذلك حكم رجوع الدائنين بأمر المدين ، فإن دينهم يكون مشتركاً إذا دفعوا من مال مشترك ، ذلك أن الدفع هنا هو في الواقع عبارة عن إقراض فيأخذ حكمه . وفي جميع ما تقدم نشأ الدين عن تعاقد . وقد ينشأ كذلك عن ضرر ويكون متعدد ، وهو يعتبر ديناً واحداً في الحالة الأخيرة إذا كان الضرر قد لحق مالا مشتركاً بين اثنين أو وقع على نفس مورثها المشترك . أما إذا لحق الضرر أموالاً مختلفة مملوكة لجملة أشخاص ، فلا يكون الدين واحداً . وقد فسروا ذلك بصريح إحارة أن السبب وهو الجرم لا يعتبر واحداً في الحالة الأخيرة ، ويعتبر كذلك في الحالة الأولى » (النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية فقرة ٢٩٩ - فقرة ٣٠٠ والتعويض الفقهية المشار إليها) .

١٥٣ - وعرة الصفقة : وقد لا يرجع الاشتراك في الدين إلى طبيعة

الأشياء ، أى إلى سبق الاشتراك في المال الذى نشأ عنه الدين على النحو الذى قدمناه ، بل يرجع إلى الاتفاق . مثل ذلك أن يبيع شخصان ، أحدهما ملك أرضاً زراعية والآخر يملك المواشى اللازمة لزراعة هذه الأرض ، كلا من الأرض والمواشى لمشتري واحد صفقة واحدة بثمن واحد من غير تعيين ثمن حصة كل واحد منهما (١) . فهنا اتفاق ضمنى بين البائعين والمشتري على أن يكون الدين بالثمن ديناً مشتركاً بين البائعين ، يدل على هذا الاتفاق أن البيع صدر صفقة واحدة بثمن واحد من غير تعيين ثمن حصة كل من البائعين . وهذا لا يمنع من قيام اتفاق بين البائعين في علاقة أحدهما بالآخر بمحدد حصة كل واحد منهما في الثمن (٢) . ومن هذا نرى أن إرادة المتعاقدين ، لا طبيعة الأشياء ، هى التى اقتضت في هذه الصورة أن يبقى الدين مشتركاً بين الدائنين المتعديدين .

١٥٤ - مقارنة بين الاشتراك في الدين والتضامن بين الدائنين

من حيث المصدر : ونرى مما تقدم أن مصدر الاشتراك في الدين إما أن يكون سبق الاشتراك في المال وهذا وضع قانونى ، وإما أن يكون وحدة الصفقة وهذا وضع اتفاقى ، أى أن مصدر الدين المشترك هو القانون أو الاتفاق . أما التضامن بين الدائنين فقد رأينا أن مصدره يكون دائماً الاتفاق الصريح أو الضمنى ولا يكون القانون أبداً . ثم إن الاتفاق على التضامن غير الاتفاق على الاشتراك في الدين ، فالدائنون إذا اتفقوا على التضامن فيما بينهم يكونون قد

(١) فلا يكون الدين مشتركاً إذا تعين لكل من البائعين حصة من الثمن ، أو كان الثمن المستحق لأحدهما يختلف عن الثمن المستحق للآخر في ماهيته أو في صفته ، وذلك على اعتبار أن الثمن في الفقه الإسلامى قد لا يكون نقوداً (الأستاذ شفيق شحاته في النظرية العامة في الالتزامات في الشريعة الإسلامية فقرة ٢٩٦ والنصوص الفقهية المشار إليها) . وهذا على رأى أبى يوسف ومحمد وهو الرأى الراجح في المذهب الحنفى ، ويذهب أبو حنيفة إلى جواز أن تكون الصفقة واحدة مع تعيين حصة من الثمن لكل من البائعين .

(٢) والمراد ألا يذكر حين البيع حصة كل شريك من الثمن لا من المبيع ... وقولهم مال مشترك قيد اتفاق ، إذ لو كان لكل منهما عين على حدة ، فباعها صفقة واحدة من غير تفصيل ثمن نصيب كل واحد منهما ، كان الثمن أيضاً مشتركاً بينهما (شرح المجلة لسلم بازم ١٠٩٥ ص ٦١١) .

وثقوا علاقاتهم بعضهم ببعض أكثر مما وثقوها فيما إذا اتفقوا على الاشتراك في الدين . وسرى أن الآثار التي تترتب على الاشتراك في الدين أقل مدى من تلك التي رأيناها تترتب على التضامن بين الدائنين .

المطلب الثاني

الآثار التي تترتب على الاشتراك في الدين

١٥٥ - **المبادئ الرئيسية :** يترتب على الاشتراك في الدين ضرب

من التضامن بين الدائنين هو في جملته أقل توثقاً من التضامن العادي الذي سبق بيانه . ويجب التمييز في هذا الصدد بين علاقة الدائنين بالمدين وعلاقة الدائنين بعضهم ببعض .

(أولاً) فن حيث علاقة الدائنين بالمدين : ينقسم الدين على الدائنين ، ولا يستطيع أى دائن منهم أن يرجع على المدين إلا بحصته في الدين ، يستوفى بأى طريق من طرق الاستيفاء ، أى يقضها بأى سبب من أسباب الانقضاء . وفي هذا يختلف الاشتراك في الدين عن التضامن بين الدائنين اختلافاً بينا ، فقد رأينا أن الدائن المتضامن يستطيع الرجوع على المدين بكل الدين ، بحصته وبمخصص شركائه ، وهؤلاء يرجعون عليه بعد ذلك كل منهم بحصته . وبينما أن هذا هو موضع الضعف في التضامن ، فهو ضمان للمدين أكثر منه ضماناً للدائن ، إذ المدين تبرأ ذمته بدفع الدين كله لأحد الدائنين ، فإذا ما استوفى هذا كل الدين تعرض شركاؤه لخطر إعساره عند رجوعهم عليه بمخصصهم .

وبينى على أن الدائن في الدين المشترك لا يرجع على المدين إلا بحصته أن كثيراً من مسائل التضامن في الحالات التي ينقضى فيها الالتزام التضامنى بسبب غير الوفاء ، كالمقاصة والتجديد واتحاد الذمة والإبراء والتقادم ، لا تعرض في الدين المشترك ، إذ الدائن في هذا الدين لا يستوفى إلا حصته ، فلا محل للتساؤل عما إذا كان الدائنون الآخرون يحتج عليهم بانقضاء الدين كله أو بمقدار حصة شريكهم فحسب . ثم إن النيابة التبادلية لا محل لها في الدين المشترك ، فالدائن في هذا الدين لا يقبض إلا حصته ، فلا محل القول بأنه يمثل شركائه في قبض

حصصهم . وزرى من ذلك أن كثيراً من الصعوبات التى تقوم فى نظام التضامن لا وجود لها فى نظام الدين المشترك ، وأن هذا النظام يفضل نظام التضامن من حيث علاقة الدائنين بالمدين .

(ثانياً) أما من حيث علاقة الدائنين بعضهم ببعض ، فهنا تتجلى ذاتية نظام الدين المشترك . وإذا كان هذا النظام لا يخرج كثيراً على القواعد العامة فى ناحية علاقة الدائنين بالمدين ، فانه فى علاقة الدائنين بعضهم ببعض ينحرف كثيراً عن هذه القواعد وتبرز مقوماته الرئيسية ، بل هو يقرب فى هذه الناحية من نظام تضامن الدائنين .

فالدائن إذا قبض حصته فى الدين من المدين ، كان للدائنين الآخرين أن يشاركوه فيما قبض كل بنسبة حصته فى الدين (١) . ثم يرجعون ، وهو معهم ،

(١) ويتعامل الأستاذ شفيق شحاته ، عند بحثه فى الأساس القانونى لرجوع الدائنين الآخرين على الدائن الذى قبض حصته : « كيف يفسر أن القابض يقبض حصته دون غيرها من الحصص ، ويكون مع ذلك عرضة لرجوع باقى الدائنين عليه ؟ هل يقال إن القابض لم يقبض نصيبه حقيقة بل نصيباً شاملاً مملوكاً له ولشركائه ؟ لا يمكن قبول هذا التليل ، لأن المقبوض لو كان مملوكاً لجميع لما أسكن القابض التصرف فيه كما رأينا . يضاف إلى ذلك أن القابض لا صفة له فى حيازة المقبوض عن الغير ، فهو ليس بوكيل ولا بمستودع . المقبوض هو إذن ملك القابض خاصة ، على أن الدائن الشريك حقاً ثابتاً فى الشيء المقبوض ، وبموجب هذا الحق يستحق هذا الدائن الشريك بعضاً مما قبض القابض ، ولو أنه لا يستطيع تتبع المقبوض بين يدي الغير فقد رأينا أنه لا يستطيع فى حالة انتقال الملكية سوى المطالبة بتعويض . هذا الحق هو إذن حق شبه عيني ، فصاحبه ليس له حق ملكية ، بل حق فى أن يملك : ولهذا الحق فظائر فى الشرع » (النظرية العامة للالتزامات فى الشريعة الإسلامية فقرة ٣٢١ — فقرة ٣٢٢ والنصوص الفقهية المشار إليها فى الهوامش) .

ويبدو لنا أنه يمكن القول إن حصة كل دائن فى الدين المشترك هى ملك الدائن خاصة فى العلاقة بينه وبين المدين ، وهى مال مشترك — لأنها جزء من الدين المشترك — فى علاقة الدائن بباقى الدائنين . ومن ثم يجوز لباقى الدائنين أن يطالبوا الدائن الذى قبض حصته بأنصبتهم فى هذه الحصة إذ هى مال مشترك بينهم ، ولهم أن يرجعوا على المدين . فإذا ما استول كل من الدائنين على حصته اختص بها ، حتى فى علاقة هؤلاء الدائنين بعضهم ببعض . وإذا تصرف الدائن فى حصته التى قبضها من المدين لم يكن لباقى الدائنين تتبع هذه الحصة فى يد الغير ، لأن الحصة إنما تعتبر مالا مشتركاً فى علاقة الدائنين بعضهم ببعض ، لا فى علاقتهم بالغير . على أن أثر الاشتراك يعود ، حتى فى هذه الحالة ، إذا أصبر المدين ، ويتجلى دائماً فى علاقة الدائنين بعضهم ببعض ، فيرجع الدائنون الآخرون على الدائن الذى قبض حصته وتصرف فيها ليحسموا نصيبه من قيمة إصاار المدين .

على المدين بما بقى لهم في ذمته . وللدائنين الآخرين أن يتركوا الدائن الذى قبض حصته ويتبعوا المدين بحصصهم ، فإذا كان المدين معسراً عند مطالبتهم إياه كان من حقهم أن يرجعوا على الدائن الذى قبض حصته ليحملوه نصيبه من التبعة عن إعسار المدين . وفي هذه القواعد يتمثل الفضان الذى ينطوى عليه نظام الدين المشترك . فكل دائن إذا قبض حصته لم يخلص له ، بل يبقى ضامناً للدائنين الآخرين حصصهم ويتحمل معهم تبعة إعسار المدين (١) . وللدائنين الآخرين

(١) ويستخلص الأستاذ شفيق شحاته الطيبة القانونية الدين المشترك على الوجه الآتى :

« الدين المشترك قد ورد ذكره في النصوص على أنه ملك مشترك ، فهو إذن في نظر الفقهاء عبارة عن شيء ملك للدائنين على الشيوع . ولكن قد لاحظ الفقهاء أنفسهم أن الدين ليس بشيء حسي بل هو مجرد معنى في الذهن ، ولما كان كذلك كان من المتصور تصور انقسامه . لذلك قالوا بأنه لا ينقسم ، ونشأ من ذلك حق الرجوع . إلا أنهم قد لاحظوا من ناحية أخرى أنه إذا كان الدين لا يقبل الانقسام على أنه دين ، فهو يقبله على أنه مطالبة ، ونشأ عن ذلك جواز انفراد كل من الدائنين بالمطالبة بحصته منه . ولكننا قد رأينا عند الكلام على الأساس القانوني لحق الرجوع أن تصور الدين المشترك على هذا الشكل لا يتفق والحلول الثابتة . أما الفكرة التي تستمد من الحلول فهي أن الدين المشترك ينقسم فيما بين الدائنين في الواقع . إلا أن انقسامه لا يكون مطلقاً فهو ينقسم انقساماً مقيداً بما شرعوه من حق الرجوع ، ذلك أن حق الرجوع يوجد بين الدائنين رابطة ذات طبيعة خاصة كما بينا . وإذا نظرنا إلى الدين المشترك فطرة عملية ، وجدنا أن هذه الرابطة التي أوجدها حق الرجوع لا تبقى على الشيء الكثير من اعتبار الالتزام منقسماً ، فهي تؤدي بالفعل إلى ضرورة اجتماع جميع الدائنين عند المطالبة ، ذلك أنه ما دام لم يجمع هؤلاء الدائنون لا تكون المطالبة أبداً مجدية » (النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية فقرة ٢٢٢ - فقرة ٢٢٤) .

ونعود إلى القول بأن الدين المشترك هو دين منقسم على الدائنين في علاقتهم مع المدين ، وغير منقسم عليهم في علاقتهم بعضهم ببعض . وانقسامه على الدائنين في علاقتهم بالمدين هو الذي يوجب نظام الدين المشترك عيوب نظام التضامن بين الدائنين ، أما عدم انقسامه على الدائنين في علاقتهم بعضهم ببعض فهو الذي يحقق لنظام هذه الأول وهو أن يكون ضامناً للدائنين .

ويقول الأستاذ منير القاضي في محاضراته في القانون المدني العراقي في معهد الدراسات العربية المالية (سنة ١٩٥٣ ص ٦١ - ص ٦٢) : « والفكرة في هذا النوع من الدين مبنية عند فقهاء الشريعة على عدم قبول الدين للانقسام ، لأن الديون عندهم أوصاف في ذمم المدينين والأوصاف لا تقبل الانقسام ، فإيضا كل واحد من الدائنين إنما يقبضه مالا مشركا . وهي مبنية في رأى من يعد الدين مالا يقبل القسمة .. على أن أحد الدائنين له حق المطالبة بحصته بناء على قبول الدين القسمة فهو يطالب بقبضه ، فإذا قبض حصته كان لشركائه الرجوع عليه بأنصباهم بما قبض لأن قسمة المشترك لا تتم إلا برضاء الشركاء أو بحكم القضاء بالقسمة ، -

في هذا وسيلتان : فاما أن يشاركوه في حصته التي قبضها ، وإما أن يرجعوا عليه بالضمان إذا طالبوا المدين بمحصولهم فوجدوه معسراً . وهذا مايسبغ على نظام الدين المشترك قوته من حيث هو ضمان للدائنين . وهذا في الوقت ذاته موطن الضعف في هذا النظام ، فالدائن الذي يقبض حصته لا يتخلص له الحصاة كما قدمنا ، ولا يستطيع أن يطعن إلى أنه قد استولى على حصته إلا بعد أن يستولى الدائنون الآخرون أيضاً على حصصهم .

ونظام تضامن الدائنين لا يبعد كثيراً عن هذا النظام . فقد رأينا أن الدائن المتضامن إذا قبض من المدين جزءاً من الدين ، حتى لو كان هذا الجزء معادلاً لخصته على خلاف في الرأي ، جاز للدائنين الآخرين أن يشاركوه فيما قبض كل ينسبه حصته . ورأينا كذلك أن المدين إذا أعسر تحمل كل الدائنين تبعه هذا الإعسار . ففي هذه الأحكام يتلاق نظام الدين المشترك مع نظام تضامن الدائنين .

١٥٦ — جواز الاتفاق على استبعاد الاشتراك في الدين : ومهما

يكن من أمر الدين المشترك ، أو ما ينطوي عليه نظامه من مزايا وعيوب ، فانه يجوز أن يتفق ذوو الشأن على استبعاد هذا النظام . وقد نصت المادة ٣١٤ من التقنين المدني العراقي على أنه ١٥ — في الدين المشترك يجوز الاتفاق فيما بين الشركاء على أن يكون لكل منهم الحق في قبض حصته من الدين ، من غير أن يكون لسائر الشركاء الرجوع عليه حتى لو توت حصصهم . ٢ — وفي هذه الحالة ينقسم الدين المشترك على الدائنين قسمة تامة ، ويختص كل منهم بحصته في الدين من غير أن يشاركه فيها غيره بوجه من الوجوه .

ونظام الدين المشترك ، في حالة وحدة الصفقة ، ليس في حاجة إلى الاستبعاد ، لأن ذوي الشأن في هذه الحالة هم الذين أرادوا هذا النظام وعبروا عن هذه الإرادة من طريق وحدة الصفقة ، فإذا كانوا لا يريدونه فليس أيسر عليهم من أن يتجنبوا طريقه . ولكن نظام الدين المشترك في حالة سبق الاشتراك في المال الذي

« فإذا لم يرض الشركاء بهذه القسمة التي تولاهم القابض وحده بق ما قبضه مشتركاً بينهم ، وظل الباقي في ذمة المدين مشتركاً بينهم أيضاً ، وإذا رضوا بهذه القسمة سلمت له حصته التي قبضها . »

نشأ عنه الدين هو الذي يكون في حاجة إلى الاستبعاد، فإن النظام في هذه الحالة يكون مفروضاً على ذوى الشأن إلا إذا اتفقوا على استبعاده، كما تنص المادة ٣١٤ من التقنين المدني العراقي سالف الذكر .

والاستبعاد يكون باتفاق الدائنين فيما بينهم على أن يستقل كل دائن بحصته في الدين ، فإذا قبضها لم يشاركه فيها الدائنون الآخرون ، وتخلص له الحصّة حتى لو أعسر المدين بعد ذلك : فلا يكون للدائنين حق الرجوع عليه لتحصيله نصيبه في هذا الإعسار . ومن ثم ينقسم الدين المشترك قسمة تامة على الدائنين ، ويصبح ديناً متعدد الأطراف (obligation conjointe) كل دائن له جزء من الدين يستقل به ولا يشاركه فيه الدائنون الآخرون بوجه من الوجوه . وقد لجأ التقنين المدني العراقي إلى هذه الوسيلة حتى يفتح الطريق أمام ذوى الشأن لتجنب عيوب نظام الدين المشترك إذا شاءوا ذلك (١) .

ونبحث الآن آثار الاشتراك في الدين : (١) من حيث علاقة الدائنين بالمدين (٢) ومن حيث علاقة الدائنين بعضهم ببعض وهي الناحية التي تبرز فيها مقومات الدين المشترك كما قلنا .

(١) والاتفاق مقدماً على استبعاد الاشتراك في الدين لا يقول به في الفقه الإسلامي إلا عدد قليل من الفقهاء، ولكن التقنين المدني العراقي اختار هذا القول لما فيه من مزية واضحة . ويقول الأستاذ مثير القاضي في هذا الصدد: « لم يجوز الفقه الحنفي قسمة الدين ولا تملكه لغير من عليه الدين ، لأن الديون في نظريته أوصاف في ذمة المدين لا أموال ، والأوصاف لا تقبل القسمة ولا الانتقال من محالها ، فلا تقسم إذن ولا تملك ، وإنما تقسم أو تملك بعد تمثيلها في الأعيان المقبوضة منها . وهي نظرية لها دقتها وقيمتها . وإنما جوزوا تملكها لمن عليه الدين لأن هذا التملك إبراء مني ، والإبراء يتضمن الإسقاط ، والأوصاف تقبل الإسقاط ... ولكن القانون العراقي، وإن اقتبس الدين المشترك وأحكامه من هذا الفقه ، قد تجاوز تلك النظرية ومال إلى رأي من المذاهب الإسلامية الأخرى وغيرها أن الديون أموال لا أوصاف في الذمة فهي إذن تقبل القسمة ، فقرر في مادته ٣١٤ أن الدين المشترك يجوز الاتفاق فيما بين الشركاء فيه على أن يكون لكل منهم الحق في قبض حصته من الدين من غير أن يكون لسائر الشركاء الرجوع عليه حتى لو توت حصصهم . وفي هذه الحالة ينقسم الدين المشترك على الدائنين قسمة تامة ، ويختص كل منهم بحصته في الدين من غير أن يشاركه فيه غيره بوجه من الوجوه ، فيخرج الدين عن كونه مشتركاً (محاضرات في القانون المدني العراقي في معهد الدراسات العربية العالية ص ٦٤ — ص ٦٥) .

ومن أعلام الفقهاء الذين يقولون بجواز الاتفاق على استبعاد الاشتراك في الدين ابن القيم، =

١٥ - الملاقة ما بين الدائنين والمدين في الدين المشترك

١٥٧ - المسائل الرئيسية : قلنا أن كل دائن في علاقته بالمدين

يطالبه بحصته في الدين وحدها ، فيستوفى بطريق من طرق الوفاء ، ومن ثم

ويقول في هذا الصدد : « تجوز قسمة الدين المشترك بميراث أو عقد أو إلتاف ، فينفرد كل من الشريكين بحصته ويختص بما قبضه ، سواء كان في ذمة واحدة أو في ذمم متعددة . فإن الحق لها ، فيجوز أن يتفقا على قسمته أو يقاونه مشتركاً ولا عنور في ذلك . بل هذا أول الجواز من قسمة المنافع بالمهاياة بالزمان أو بالمكان ، ولا سيما فإن المهاياة بالزمان تقتضى تقدم أحدهما على الآخر وقد تسلم المنفعة إلى نوية الشريك وقد تنوى . والدين في الذمة يقوم مقام الدين ، ولهذا تصح المعاوضة عليه من الغريم وغيره ، ويجب على الانفاق على أهله وولده ورقيقه منه ، ولا يمد فقيراً مهنياً ، فاقسامه يجري مجرى اقتسام الأعيان والمنافع . فإذا رضى كل من الشريكين أن يختص بما يخصه من الدين ، فينفرد هذا برجل يطالبه وهذا برجل يطالبه ، أو ينفرد هذا بالمطالبة بحصته وهذا بالمطالبة بحصته ، لم يمسأ بذلك قاعدة من قواعد الشريعة ولا استحلا ما حرم الله ولا خالفنا نص كتاب الله ولا سنة رسوله ولا قول صاحب ولا قياساً شهد له الشرع بالاعتبار . وغاية ما يقدر عدم تكافؤ الذمم ووقوع التفاوت فيها ، وأن ما في الذمة لم يتعين فلا تمكن قسمته ، وهذا لا يمنع تراخيها بالقسمة مع التفاوت فإن الحق لا يمدوها ، وعدم تعين ما في الذمة لا يمنع القسمة فإنه يتعين تقدراً ، ويمكن في إمكان القسمة التي بوجه فهو معين تقدراً ويتعين بالقبض تحقياً . وأما قول أبي الوفاء بن عقيل لا تختلف الرواية عن أحد في عدم جواز قسمة الدين في الذمة الواحدة واختلفت الرواية عنه في جواز قسمته إذا كان في الذمتين فمعه فيه روايتان ، فليس كذلك ، بل عنه في كل من الصورتين روايتان ، وليس في أصوله ما يمنع جواز القسمة كما ليس في أصول الشريعة ما يمنعها ، وعلى هذا فلا يحتاج إلى حيلة على الجواز . وأما من منع القسمة ، فقد نشد الحاجة إليها ، فيحتاج إلى التحيل عليها . فالحيلة أن يأذن لشريكه أن يقبض من الغريم ما يخصه ، فإذا فصل لم يكن لشريكه أن يخاصه فيه بعد الإذن على الصحيح من المذهب كما صرح به الأصحاب . وكذلك لو قبض حصته ثم استهلكها قبل الحاجة ، لم يضمن لشريكه شيئاً ، وكان المقبوض من ضمانه خاصة ، وذلك أنه لما أذن لشريكه في قبض ما يخصه ، فقد أسقط حقه من الخاصة ، فيختص الشريك بالمقبوض . وأما إذا استهلك الشريك ما قبضه ، فإنه لا يضمن لشريكه حصته منه قبل الخاصة لأنه لم يدخل في ملكه ولم يتعين له بمجرد قبض الشريك له ، ولهذا لو وقى شريكه نظيره لم يقل انتقل إلى القابض الأول ما كان ملكاً للشريك ، فدل على أنه إنما يصير ملكاً له بالحاجة لا بمجرد قبض الشريك . ومن الأصحاب من فرق بين كون الدين بمقد وبين كونه بإتلاف أو إرث ، ووجه الفرق أنه إذا كان بمقد فكأنه عقد مع الشريكين فلكل منهما أن يطالب بما يخصه ، بخلاف دين الإرث والإتلاف والله أعلم » (إعلام الموقعين جزء ٤ ص ١ - ص ٢) . وانظر أيضاً الأستاذ حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ١٨٢ ص ١٧٥ - ص ١٧٦ .

يقسم الدين على الدائنين في علاقتهم بالمدين خلافاً للدين التضامنى . ثم إن علاقة كل دائن بالمدين قد تنقضى بسبب من أسباب انقضاء الالتزام غير الوفاء . ولا تقوم بين الدائنين المشتركين في الدين أية نيابة تبادلية ، لا فبا يضر ولا فبا ينفع . هذه هى المسائل الرئيسية الثلاث التى تتناولها بالبحث مسألة مسألة (١).

١٥٨ - الوفاء : لأى دائن أن يطالب المدين بحصته في المدين كما

قدمنا ، ولا يستطيع أن يطالبه بأكثر من حصته ولو كان الدين كله مضموناً بتأمين شخصى أو عيى . كذلك يستطيع المدين أن ينى لأى دائن بحصته في الدين دون زيادة (٢)، فتبرأ ذمته من هذه الحصة ، إلا إذا شارك فيها الدائنون الآخرون فعند ذلك يعود الدائن الذى قبض حصته فيطالب المدين بما نقص منها بعد هذه المشاركة . وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٣٠٤ من التقنين المدنى العراقى على أنه « إذا كان الدين مشتركاً ، فلكل واحد من الشركاء أن يطلب حصته منه » (٣). وحصة كل دائن في الدين تتحدد باتفاق بين الدائنين ،

(١) وقد تكون حصة أحد الدائنين مؤجلة ، وحصة ثان حالة ، وحصة ثالث معلقة على شرط . ولكن إذا نشأ الدين حالاً في جميع حصصه ، فقد اختلف فيما إذا كان يجوز لدائن دون غيره أن يمنح حصته أجلاً : فتد أبى يوسف ومحمد يجوز ، وعند أبى حنيفة لا يجوز لأن منح الأجل بالنسبة إلى حصة دائن يعدى أثره حتاً إلى حصص الآخرين (انظر في هذه المسألة الأستاذ شفيق شحاتة في النظرية العامة في الشريعة الإسلامية فقرة ٣٠٥) .

(٢) فلا يجوز للمدين أن ينى أحد الدائنين كل الدين ، ولا تبرأ ذمته من حصص باقى الدائنين بهذا الوفاء ، بل هؤلاء أن يطالبوا المدين كل بحصته ، ويرجع المدين على القابض بما قبضه زيادة على حصته . جاء في البدائع (جزء ٦ ص ٧٠) : « من استوفى كل الدين المشترك بتبرأ ذمته ، كان لشريكه أن يرجع على المدين كل بحصته ، ويرجع الغريم على القابض بما قبضه ، لأنه إنما سلم إليه ليملك ما في ذمته بما سلم ، ولم يملك ، فكان له أن يرجع » . على أنه يجوز إذا قبض أحد الدائنين كل الدين أن يرجع عليه شركاؤه كل بحصته ، فتبرأ ذمة المدين من الدين كله . جاء في البدائع (جزء ٦ ص ٧٠) : « إن أحد الشريكين إذا استوفى الدين المشترك كله كان لشريك الآخر أن يرجع عليه بتسليمه » .

(٣) ومن كانت حصته مؤجلة من الدائنين لا يستطيع أن يطالب بها إلا عند حلول الأجل ، بل ولا يستطيع أن يرجع على من قبض من الدائنين حصته الحالة إلا إذا انقضى أجل حصته . جاء في المبسوط الرضى (جزء ٢١ ص ٣٨) : « والدليل على أن تأجيله يصادف بعض نصيب شريكه أن الآخر إذا قبض نصيبه ثم حل الأجل ، كان المؤخر أن يشاركه في المقبوض ، ويكون =

وقد يكون القانون هو الذى يحددها كما لو كان الدائنون ورثة فى مال شائع وباعوه صفقة واحدة فيكون الثمن ديناً مشتركاً بينهم كل له فيه بنسبة حصته فى الأثر على الوجه الذى يحدده قانون الميراث . فإذا لم يوجد اتفاق أو نص فى القانون يحدد مقدار حصة كل دائن ، فالفروض أن حصصهم متساوية .

وقد يستوفى الدائن حصته من كفيل أو محال عليه ، بأن يكون للمدين كفيل فيرجع عليه الدائن بحصته ، أو يحيل المدين الدائن بحصته على مدين آخر .

= ما بقى مشتركاً بينهما ، والباقي هو ما كان مؤجلاً . وإذا كان الدين كله مؤجلاً ، فعجل المدين لأحد الدائنين حصته ، رجع الشريك فى الدين على هذا الدائن دون أن ينتظروا حلول الأجل ، لأن الأجل قد سقط فى الحصة المعلقة بالنسبة إلى الدائنين جميعاً . وقد جاء فى البدائع (جزء ٧ ص ١٩٦) : « لو كان الدين فى الأصل منهما جميعاً مؤجلاً ، فأخذ أحدهما شيئاً قبل حل الأجل ، شاركه فيه صاحبه ، لأنه لما أخذ شيئاً قبل حل الأجل فقد سقط الأجل على قدر المقبوض وصار حالاً فصار المقبوض من التصيبين جميعاً ، فيشاركه فيه صاحبه كما فى الدين الحال » .

وإذا نشأ الدين المشترك حالاً ، ثم أراد أحد الدائنين أن يؤجل ، فلا يجوز على رأى أبى حنيفة ، كما قلنا ، وقد نصت المادة ١١١٢ من المجلة على أنه « ليس لأحد الدائنين أن يؤجل الدين المشترك بلا إذن الآخر » . وقد جاء فى شرح سليم باز للمجلة (ص ٦١٧) : « لأنه إذا صح التأجيل فى الحصةين لصار تصرفاً فى حق شريكه بدون إذنه . وإن صح فى حصة المؤجل ، لأدى إلى قسمة الدين قبل قبضه ، وإذا لا يجوز . ومفاده أنه لو أجل الشريك حصته من الدين ، فلا يصح أيضاً لما فيه من قسمة الدين قبل قبضه . فبناء عليه لو أجل أحد الدائنين الدين المشترك كلاً أو بعضاً ، ثم قبض الشريك الآخر بعض الدين من المديون ، فلشريك الذى أجل أن يشاركه فيما قبض وإن لم يحل الأجل ، لأن الأجل ياتل . أما الصاحبان فقد رأينا أنهما يجوز أن يؤجل الدائن حصته دون حصة شريكه . وقد أخذ مرشد الحيران برأى الصاحبين ، ولكن قصره دون مجرى الميراث ، فنصت المادة ١٨٧ على أنه « إذا كان الدين المشترك موروثاً ، فلا يجوز لأحد الشريكين أن يؤجل حصة شريكه بلا إذن ، وله أن يؤجل حصته » . ثم نصت المادة ١٨٨ على أنه « إذا كان الدين المشترك واجباً بإدانة أحد الشريكين فى شركة متان ، فإن أجل الذى باشر الإدانة صح تأجيله فى جميع الدين ، وإن أجله الذى لم يباشر الإدانة فلا يصح تأجيله فى حصته ولا فى حصة شريكه بالألوية . فإن كان الشريكان متضامين ، فأيهما أجل الدين المشترك بينهما صح تأجيله » . ونصت المادة ١٨٩ على أنه « إذا كان الدين المشترك واجباً بقدر قرض ، فلا يجوز لشريك الذى باشر العقد ولا لشريك الآخر أن يؤجلاه ، وإن أجله أحدهما فلا يلزم تأجيله ولكل منهما اقتضاه حالاً » . والمادتان الأخيرتان إنما ترمضان لأحكام خاصة بالشركة والقرض لا بالدين المشترك فى ذاته (أنظر الأستاذ شفيق شحاته فى النظرية العامة للالتزامات فى الشريعة الإسلامية ص ٢٩٩) .

وتنص المادة ٣٠٦ من التقنين المدني العراقي في هذا الصدد على أنه « إذا أخذ أحد الشركاء من المدين كفيلاً بحصته في الدين المشترك ، أو أحاله المدين على آخر ، فللشركاء أن يشاركوه في المبلغ الذي يأخذه من الكفيل أو المحال عليه . » بل يجوز أن يستوفي الدائن حصته بأن يحيل هو شخصاً آخر بهذه الحصة على المدين ، والحوالة هنا تكون حوالة حق لا حوالة دين .

وللدائن كذلك أن يستوفي حصته في الدين عن طريق الوفاء بمقابل ، فيأخذ من المدين مالا آخر بحصته ، يشتره أو يستأجره . وهذا ما تنص عليه المادتان ٣٠٧ و ٣٠٨ من التقنين المدني العراقي . فتنص المادة ٣٠٧ على أنه « إذا اشترى أحد الشركاء بحصته من الدين المشترك مالا من المدين ، فشركاؤه غيرون إن شاءوا ضمنوه ما أصاب حصصهم من ثمن ما اشتراه ، وإن شاءوا رجعوا بحصصهم على المدين . » وتنص المادة ٣٠٨ على أنه « إذا استأجر أحد الشركاء حصته من المدين المشترك شيئاً ، صار قابضاً لحصته ، ولشركائه الخيار في تضمينه ما أصاب حصصهم وفي اتباع المدين . »

١٥٩ - انقضاء الدين بأسباب أخرى غير الوفاء : وقد ينقضي

الزام المدين بحصة الدائن بسبب آخر غير الوفاء . فينقضي الالتزام بالتجديد ، بأن يتفق الدائن مع المدين على تجديد هذه الحصة في الدين بتغيير المحل أو السبب أو الدائن أو المدين . وينقضي الالتزام بالمقاصة بأن يثبت للمدين في ذمة الدائن ، قبل وجوب الدين المشترك أو بعده (م ٣١١ من التقنين المدني العراقي) ، دين مقابل نشأ عن عقد كأن يكفل الدائن للمدين مديناً للمدين ويرجع المدين عليه باعتباره كفيلاً (م ٣١٢ / عراقي) ، أو نشأ عن عمل غير مشروع كأن يتلف الدائن للمدين مالا فيجب عليه التعويض (م ٣١٢ / عراقي) ، أو نشأ عن أي مصدر آخر ، وتوافرت شروط المقاصة القانونية ، فان الدينين يتلاقيان قصاصاً فينفضيان . وينقضي الالتزام باتحاد الذمة ، بأن يموت الدائن ويورثه المدين . وينقضي الالتزام بالإبراء أو بالهبة ، بأن يبرئ الدائن المدين من حصته في الدين أو يهبه إياها (م ٣١٣ عراقي) ، فينقضي الدين بالإبراء أو بالهبة . وينقضي الالتزام بالتقادم ، وقد تتقادم حصة أحد الدائنين دون أن تتقادم حصص الآخرين بأن يقطع الدائنون الآخرون التقادم ، دون أن

يقطعه الدائن الأول ، فتتقضى حصة هذا الدائن بالتقادم دون أن تتقضى حصص الآخرين .

ويلاحظ أنه في أسباب الانقضاء المتقدمة الذكر لا يتقضى الدين كله كما قلنا ، وإنما تنقضى حصة أحد الدائنين ، فلا يعرض في هذه الحالات ما كان يعرض في صدد تضامن الدائنين من أن للمدين أن يحتاج بمقدار حصة من قام به سبب الانقضاء . ذلك لأن أى دائن في الدين المشترك لا يطالب المدين إلا بحصته في الدين ، وليس بكل الدين كما في تضامن الدائنين ، فلا عمل لأن يحتاج المدين عليه بانقضاء حصة دائن آخر ما دام الدائن الأول لا يطالب إلا بحصته هو . وسنرى ، عند الكلام في علاقة الدائنين بعضهم ببعض ، كيف يرجع الدائنون الآخرون على الدائن الذى انقضت حصته بسبب غير الوفاء .

١٦٠ - عمر قيام النيابة التبادلية بين الدائنين : ثم إن الدائنين في

الدين المشترك لا تقوم بينهم نيابة تبادلية كما تقوم في التضامن على ما قلنا ، وذلك لا فيما يضر ولا فيما ينفع .

فاذا قطع أحد الدائنين التقادم على المدين ، فانما يقطعه في حصته ، ولا ينقطع التقادم بالنسبة إلى حصص الآخرين . وكذلك إذا وقف التقادم بالنسبة إلى أحد الدائنين ، فانه لا يقف تبعاً لذلك بالنسبة إلى الآخرين .

وكل دائن مسئول وحده عن خطأه ، ولا يسأل عن خطأ الآخرين . وإذا أعذر أحد الدائنين المدين أو قاضاه ، فانما يعذره أو يقاضيه في حصته وحدها ، ولا يتعدى أثر ذلك إلى حصص الدائنين الآخرين . وإذا أعذر المدين أحد الدائنين ، فلا يكون هذا إغذاراً للباقيين .

وإذا صالح أحد الدائنين المدين فانما يصلحه على حصته وحدها ، ولا يضر هذا الصلح الدائنين الآخرين ولا ينفعهم .

وإذا أقر أحد الدائنين للمدين ، أو أقر المدين لأحد الدائنين ، فان الإقرار يقتصر أثره على المقر ، ولا يفيد الدائنين الآخرين ولا يضرهم (١) .

(١) وقد نقل الأستاذ شفيق شحاته من محمد في المبسوط (ص ٢٨٥ / ١) : « قال أبو حنيفة إن إقر أحد الشريكين في هذا أن الدين كان إلى سنة وقال الآخر كان حالا ، فإن حصة الذى أقر بالأجل إلى ذلك الأجل ، وحصة الآخر حالة » (النظرية العامة للإلتزامات في الشريعة الإسلامية ص ٢٢٧ ملحق رقم ٦٧) .

واليمين إذا وجهت من أحد الدائنين إلى المدين ، أو وجهت من المدين إلى أحد الدائنين ، فحلف من وجهت إليه اليمين أو نكل ، فإن أثر ذلك كله لا يتعدى إلى الدائنين الآخرين .

والحكم الصادر لمصلحة أحد الدائنين أو ضده لا يسرى في حق الدائنين الآخرين ، إلا إذا كان الدائنون ورثة فكل منهم يعتبر ممثلاً للآخرين (١) .

§ ٢ — علاقة الدائنين بعضهم ببعض في الدين المشترك

١٦١ — المسائل الرئيسية : قدمنا أن أياً من الدائنين إذا قبض حصته من الدين المشترك أو استوفاه بأي سبب آخر ، كان للدائنين الآخرين أن يشاركوه فيها عينا ، أو أن يتبعوا المدين فإن كان معسراً رجعوا على الدائن الذي قبض حصته فحملوه نصيبه في أعسار المدين . فتكلم في حالة ما إذا شارك الدائنون الآخرون الدائن ، ثم في حالة ما إذا رجعوا عليه بنصيبه في إعسار المدين .

١٦٢ — مشاركة الدائنين الآخرين للمدين في حصته : تنص الفقرة الثانية من المادة ٣٠٤ من التقنين المدني العراقي على ما يأتي : « فإذا قبض أحد الشركاء شيئاً من الدين المشترك ، فالشركاء الآخرون بالتلياز ، إن شاءوا شاركوه فيما قبض عينا ويتبعونهم والقابض المدين بما بقي لكل منهم في ذمته ، وإن شاءوا تركوا للقابض ما قبضه واتبعوا المدين بحصتهم » . ويتبين من هذا النص أنه إذا قبض أحد الدائنين من المدين شيئاً من الدين المشترك ، سواء كان ذلك بمقدار حصته أو بأقل أو بأكثر (٢) ، كان للدائنين الآخرين أن يشاركوه فيما قبضه عينا كل بنسبة حصته في الدين ، فلو فرضنا أن الدين المشترك

(١) قارن الأستاذ حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ١٨٢ ص ١٧٤ .

(٢) وقد رأينا أنه إذا قبض أحد الدائنين كل الدين ، جاز لشركائه أن يرجعوا عليه كل بحصة ، فترا دمة المدين من الدين كله (انظر آنفاً فقرة ١٥٨ في المباحث) .

تسعة وأثنى عشر الدائنين ثلاثة بخصص متساوية ، وقبض أحدهم من المدين حصته وهي ثلثائة ، كان لكل من الدائنين الآخرين أن يشارك الدائن الأول فيما قبض فيأخذ منه مائة . وعند ذلك يكون كل من الثلاثة الدائنين قد استوفى من حصته مائة ، ويبقى له مائتان . فإذا فرض أن دائناً منهم استوفى بعد ذلك من المدين مائة وخمسين ، جاز لكل من الدائنين الآخرين أن يشارك هذا الدائن فيما قبض فيأخذ منه خمسين . وعند ذلك يكون كل من الثلاثة الدائنين قد استوفى من حصته مائة وخمسين ، ويبقى له مائة وخمسون . فإذا قبض أحدهم من المدين بعد ذلك مائة وخمسين ، جاز لكل من الآخرين أن يشاركه فيما قبض فيأخذ منه خمسين . وعند ذلك يكون كل من الثلاثة الدائنين قد استوفى من حصته مائتين ، ويبقى له مائة . وهكذا كلما قبض أحد الدائنين من المدين مابقي من حصته أو جزءاً من ذلك ، جاز للدائنين الآخرين أن يشاركاه فيما قبض على النحو المتقدم الذكر ، حتى يستوفى كل من الثلاثة حصته بأكملها (١) .

وقد يقبض أحد الدائنين شيئاً من الدين المشترك ويتصرف فيه بالبيع أو الهبة أو غير ذلك من التصرفات أو يستهلكه ، فعند ذلك يكون للدائنين الآخرين — إذا اختاروا مشاركته — أن يرجعوا عليه بالضمان بنسبة حصة كل منهم على الوجه المتقدم الذكر . أما إذا كان المقبوض عيناً وتلفت في يد القابض بسبب أجنبي ، فإن القابض يعتبر مستوفياً لما قبضه ويحسب عليه من حصته ، ولا يكون للدائنين

(١) وإلى هذا العيب في نظام الدين المشترك يشير الأستاذ شفيق شحاته فيقول : « هذا على أن لنظرية الدين المشترك عيوباً ، إذ لا يستطيع الدائن طبقاً لهذه النظرية أن يحصل على حصته في الدين بصورة جدية في حال من الأحوال . فهو دائماً يظل مهدداً بحق الرجوع ولو قبض دون حقه » (النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية فقرة ٣٢٥ ص ٢٧٥) . ثم يقول في آخر هامش رقم ١٤٧ من ص ٢٧٥ : « ويلاحظ خصوصاً أن حق الرجوع من شأنه تكثير الدعاوى ، على أن تماثل الدعاوى من الدائن الواحد لن يفي أبداً عن المطالبة المشتركة ، إذ يبقى دائماً وصيد لا تصل إليه إلا المطالبة المشتركة » .

على أن هذا العيب لم يخل منه نظام تضامن الدائنين ، فقد قلنا أن أحد الدائنين المتضامنين إذا قبض جزءاً من الدين شاركه الآخرون فيما قبض ، ثم إذا قبض جزءاً آخر شورك فيه ، وهكذا . ومهما يكن من أمر فإنه من الممكن في نظام الدين المشترك ، من الناحية العملية ، توق هذا العيب بأن ينزل الدائنون الآخرون من حقهم في الرجوع على الدائن الذي قبض حصته ، مع استحقاقه حقهم في تحميله نصيبه من إفسار المدين .

الآخرين رجوع عليه . وإنما يطالبون المدين بحصصهم في الدين (١) . وتنص المادة ٣٠٥ من النقتين المدني العراقي في هذا الصدد على ما يأتي : ١- إذا قبض أحد الشركاء حصته من الدين المشترك ، وأخرجها من يده بوجه من الوجوه أو استهلكها ، فللشركاء الآخرين أن يضمّنوه نصيبهم منها . ٢- أما إذا تلفت في يده بلا تقصير منه ، فلا يضمن نصيب شركائه في المقبوض ويكون مستوفياً حقه . وما بقى من الدين بذمة المدين يكون للشركاء الآخرين .

وما قلعتاه من رجوع الدائنين على الدائن الذي قبض شيئاً من الدين المشترك يسرى أياً كانت كيفية استيفاء الدائن لما قبض ، فقد يقبض عن طريق وفاة المدين له للجزء الذي قبضه . وقد يقبض عن طريق رجوعه على كفيل المدين أو من أحال عليه المدين الدين (م ٣٠٦ عراقى) .

أما إذا قبض أحد الدائنين مقابلاً لحصته ، فليس للدائنين الآخرين أن يشاركوه عيناً فيما قبض من المقابل ، بل كل ما لهم هو أن يرجعوا عليه بالضمان بنسبة حصة كل منهم . فإذا اشترى أحد الشركاء حصته من الدين المشترك مالا من المدين ، فشركاؤه غيرون ، إن شاءوا ضمّنوه ما أصاب حصصهم من ثمن ما اشتراه ، وإن شاءوا رجعوا بحصصهم على المدين ، وليس لهم أن يشاركوه في المال المشتري إلا إذا تراضوا على ذلك (م ٣٠٧ عراقى) . وإذا استأجر أحد الشركاء حصته من الدين المشترك شيئاً ، صار قابضاً لحصته ، ولشركائه الخيار في تضمينه ما أصاب حصصهم أو اتباع المدين (م ٣٠٨ عراقى) .

وإذا صالح أحد الدائنين المدين عن حصته من الدين المشترك ، فإن كان بدل الصلح من جنس الدين ، فشركاؤه إن شاءوا شاركوه في المقبوض وإن شاءوا

(١) ويقول الأستاذ منير القاضي : « وإذا استهلك الشريك حصته من الدين بعد قبضها ، لا يسقط خيار بقية الشركاء بالرجوع عليه . ولكن لو هلك في يده فليس لهم خيار الرجوع عليه ، بل يعتبر المقبوض المالك من نصيب القابض وحده . وكان القياس أن يثبت لهم حق خيار الرجوع لأنه قبض مالا مشتركاً بينهم ، ولكن الاستحسان يميل إلى عدم الرجوع . وجه الاستحسان أنه لو صح لهم اختيار الرجوع عليه فاخترتوا الرجوع يكونون قد أجازوا قبضه ، فتكون حصصهم أمانة في يده ، فلا يستحقون عليه ضماناً هلاك ما قبض لأن الأمين لا يضمن بلا تعد ، فكان الأوجه اعتبار المقبوض بعد هلاكه من حصة القابض » (محاضرات في القانون المدني العراق لمعهد الدراسات العربية المالية ص ٦٣) .

اتبعوا المدين . وإن كان بدل الصلح من خلاف جنس الدين ، فالشركاء بالخيار أيضاً في اتباع المدين أو الشريك المصالح ، وللشريك المصالح في حالة الرجوع عليه الخيار لإنشاء سلم إليهم نصيبهم في المقبوض (١) وإن شاء دفع إليهم نصيبهم في الدين (م ٣٠٩ عراقى) .

وإذا مات المدين وورثه أحد الدائنين (٢) ، فالدائنون الآخرون يطالبون تركه المدين كل منهم بمقدار حصته في الدين . فإن لم تف التركة محصصهم ، قسمت على الدائنين جميعاً وفيهم الدائن الذى ورث المدين ، بنسبة حصة كل منهم (م ٣١٠ عراقى) (٣) . وبذلك يتحمل كل من الدائنين نصيبه في إحصار المدين كما سئى .

وإذا استوفى أحد الدائنين حصته في الدين المشترك عن طريق المقاصة ، فإذا كان الدين المشترك قد ثبت في ذمة المدين قبل أن يثبت حقه في ذمة الدائن ، فإن الدائن يكون قد استوفى حصته من الدين عن طريق الحق الذى ثبت في ذمة

(١) وقد جاء في المبسوط للسرغسي (جزء ٢١ ص ٤١) : « إن مبنى الصلح على الإغماط والتجوز بدون الحق ، فن حجة المصالح .. أن يقول إنما توصلت إلى نصيبى لأنى تجوزت بدون حق ، فإن أردت أن تشاركنى بما تجوزت به لأدفع إليك نصف ما قبضت » .
(٢) أما إذا مات أحد الدائنين وورثه المدين فالأمر واضح ، ذلك بأن حصة الدائن المتوفى في الدين المشترك تكون قد انقضت باتحاد الذمة ، ويرجع الدائنون الآخرون كل بحصته على المدين ، ولا عمل لمشاركتهم في الحصة التى انقضت فإن ذلك لا يكون إلا برجعهم على المدين على اعتبار أنه وارث الدائن ، ويستوى من الناحية العملية أن يرجعوا عليه بهذا الاعتبار أو يرجعوا عليه باعتباره مديناً .

(٣) ولا تنقضى حصة الدائن الوارث باتحاد الذمة لأنه غير مسئول شخصياً عن ديون التركة (الأستاذ شفيق شحاته في النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية ص ٢٣٤ هامش رقم ٦١ — الأستاذ حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدنى العراقى فقرة ١٨٨) .
وجاء في البدائع (جزء ٦ ص ٦٧) : « وذكر على بن الجعد عن أبي يوسف أنه لو مات المطلوب وأحد الشريكين وارثه ، وترك مالا ليس فيه وفاء ، اشتركا بالمخصص ، لأن الدين يمنع انتقال الملك إلى الورثة لقوله تعالى من بعد وصية يوصى بها أو دين ، رتب الميراث على الدين فلم ينتقل الملك إلى الوارث ، فلا يسقط دينه ، وكان دين الوارث والأجنبي سواء » .
وهذا هو نص المادة ٣١٠ عراقى : « إذا مات المدين في دين مشترك ، وترك مالا ليس فيه وفاء للدين ، وكان أحد الشركاء وارثاً له ، فجميع الشركاء يشتركون في المال الذى تركه المدين على حسب حصة كل منهم » .

للمدين ، وللدائنين الآخرين أن يشاركوه في هذا الحق الذي استوفى به دينه . ويستوى في ذلك أن يكون الحق الذي ثبت في ذمة الدائن للمدين مصدره عقد أو عمل غير مشروع أو أى مصدر آخر ، حتى إذا ألتف أحد الشركاء في دين مشترك مالا للمدين وتقصا بمحضته ضمناً فلتشركائه أخذ نصيبهم منه (١) . أما إذا كان الدين المشترك قد ثبت في ذمة المدين بعد أن ثبت حقه في ذمة الدائن ، فيكون المدين هو الذى استوفى حقه من الدائن بحصة هذا الدائن في الدين المشترك ، وليس للدائنين الآخرين أن يرجعوا بحصصهم على شريكهم (٢) .

(١) ويوجد في الفقه الإسلامى خلاف في جواز رجوع الشركاء على الشريك الذى سقطت حصته بالمقاصة في مقابلة دين وجب عليه بسبب عمل غير مشروع (انظر في هذه المسألة الأستاذ شفيق شحاته في النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية ص ٢٥٠ - ٢٥١ والنصوص للفقهية المشار إليها في ماشر) . ولا رى ، في التفتين المدنى العراقى ، التمييز في العمل غير المشروع بين الضرر الواقع على المال والضرر الواقع على النفس ، فإذا ثبت في ذمة الدائن للمدين دين من ضرر أوقعه الدائن على مال المدين أو نفسه ، فإن حصة الدائن في الدين المشترك تسقط قصاصاً بهذا الدين ، ويكون للدائنين الآخرين الرجوع على هذا الدائن . ويلعب الأستاذ حسن الذنون إلى غير هذا الرأى إذ يقول : « الرأى عندى أن النص العراقى المادة ٣١٢ يشر بالفرقة بين الضرر الواقع على النفس وفي هذه الحالة لا يجوز لدائن الثاني أن يرجع على الدائن الأول بشئ ، وبين الضرر الواقع على المال وفي هذه الحالة يجوز له الرجوع عليه . ذلك أن الفقرة الأولى من المادة السالفة تقضى بأنه إذا ألتف أحد الشركاء في دين مشترك مالا للمدين وتقصا بمحضته ضمناً فلتشركائه أخذ نصيبهم منه . فالنص قاصر على جواز الرجوع في حالة ما إذا ألتف الدائن مالا للمدين . أما في حالة إلتاف النفس أو ما هو دون النفس ، فالنص ساكت عن بيان حكمه ، وإذن فلا مندوحة من الرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامى وهى المصدر التى اقتبست منه هذه النصوص . وبالرجوع إلى أحكام هذا الفقه نجد أن الفقهاء لا يميزون الرجوع في هذه الحالة ، أى في حالة إلتاف النفس أو ما هو دون النفس . وعندى أن هذه الفرقة منتقدة ، وكان الأجدر بالمشروع العراقى أن يميز الرجوع سواء أوقع الضرر على المال أم على النفس - انظر الميسوط ٢١ ص ٤٠ - فتح القدير ٧ ص ٤٠٦ - الزيلعى ٥ ص ٤٢ » (أحكام الالتزام في القانون المدنى العراقى فقرة ١٩٠ ص ١٨٠) - ورى أن ذكر النص لالتاف الشريك مالا للمدين لم يقصد به الاقتصاد على حالة إلتاف المال دون إلتاف النفس ، بل إن النص بإشارته إلى إلتاف المال قد ذكر ما يقع غالباً في العمل ، فيقاس على إلتاف المال إلتاف النفس .

(٢) وقد جاء في اليدائع (جزء ٦ ص ٦٧) : « ولو كان وجب للمطلوب على أحد الطالبين دين بسبب قبل أن يجب لهما عليه الدين ، فصار ما عليه قصاصاً بما لأحد الطالبين ، فلا ضمان على الذى سقط عنه الدين لشريكه ، لأنه ما استوفى الدين بل قضى ديناً كان عليه ، إذ الأصل في الدينين إذا التفتيا فصاصاً أن يصير الأول مقضياً بالثاني لأنه كان واجب القضاء قبل الثاني ، وإذا لم يكن مستوفياً للدين لم يكن له المشاركة إذ المشاركة تثبت في القدر المستوفى » .

كذلك إذا كان الدين المشترك قد ثبت في ذمة المدين قبل أن يثبت حقه في قعة الدائن ، ولكن هذا الحق الذي ثبت في ذمة الدائن لم يكن له مقابل أخذه الدائن من المدين ، كأن كفل الدائن للمدين ديناً واجباً له على شخص آخر وصارت حصته قصاصاً بالدين الذي كفله ، فلا رجوع للدائنين الآخرين على شريكهم ، وإذا رجع الدائن على المكفول عنه وقبض منه مبلغ الضمان لم يكن لشركائه أن يشاركوه فيه (١). ومثل ذلك أيضاً ما إذا كان الدائن قد وهب حصته في الدين المشترك للمدين أو أبرأ ذمته منها ، فإنه لا يكون قد قبض شيئاً من المدين ، فلا رجوع لشركائه عليه . وهذه الأحكام نصت عليها المواد ٣١١ - ٣١٣ من القانون المدني العراقي . فنصت المادة ٣١١ على أنه :

« ١ - إذا كان للمدين في دين مشترك على أحد الشركاء دين خاص به ثابت له قبل وجوب الدين المشترك عليه حتى صار دينه قصاصاً به ، فليس للشركاء أن يرجعوا بشيء من حصصهم على هذا الشريك . ٢ - أما إذا حدث للمدين دين على أحد الشركاء وثبت له ذلك بعد وجوب الدين المشترك عليه وصار دينه قصاصاً به ، فلشركائه الحق في الرجوع عليه بحصصهم منه . » ونصت المادة ٣١٢ على أنه :

« ١ - إذا أنفد أحد الشركاء في دين مشترك مالا للمدين وتقاصا بحصته ضماناً ، فلشركائه أخذ نصيبهم منه . ٢ - أما إذا ضمن للمدين ديناً واجباً له على شخص آخر ، وصارت حصته قصاصاً بالدين الذي ضمنه ، فلا شيء لشركائه عليه . وإذا رجع على المكفول عنه وقبض منه مبلغ الضمان ، لم يكن لشركائه أن يشاركوه فيه . » ونصت المادة ٣١٣ على أنه :

« إذا وهب أحد الشركاء حصته من الدين المشترك للمدين أو أبرأ ذمته منها ، فهبته وإيرازه صحيحان ، ولا يضمن نصيب شركائه فيما وهب أو أبرأ . »

ويتبين من النصوص المتقدمة الذكر أن الدائن إما أن يقبض حقه من جنس الدين ، أو يقبض مقابلاً لخصته ، أو تبرأ ذمة المدين من حصته دون أن يقبض

(١) جاء في الفتاوى الهندية (جزء ٢ ص ٣٤٠) : « وفي المتن من أبي يوسف لو ضمن أحد الطالبين المطلوب مالا عن رجل ، صارت حصته قصاصاً به ، ولا شيء لشريكه عليه . فان اقتضى من المكفول عنه ذلك المال ، لم يكن لشريكه أن يرجع عليه أيضاً فيشاركه في ذلك ، كذا في المحيط . »

شيئاً . فإذا قبض حصته من جنس الدين ، سواء قبضها من المدين نفسه أو من كفيل أو من محال عليه أو صالح المدين عن حصته وكان بدل الصلح من جنس الدين ، فللدائنين أن يشاركوه عيناً فيما قبض . وإذا قبض الدائن مقابلاً لحصته ، كأن اشترى أو استأجر بحصته مالا للمدين أو صالح عن حصته وكان بدل الصلح من خلاف جنس الدين ، ومثل ذلك أيضاً ما إذا قبض حصته من جنس الدين ولكنه تصرف فيها أو استهلكها ؛ فإن الدائنين الآخرين يرجعون عليه بضمان حصصهم إذ ليس في يده شيء من جنس الدين حتى يشاركوه فيه عيناً . وإذا برئت ذمة المدين من حصة الدائن دون أن يقبض هذا شيئاً ، كأن وفي الدائن ديناً عليه للمدين بحصته في الدين المشترك فانقضى الدينان قصاصاً أو انقضت حصته في الدين المشترك قصاصاً بدين مثله للمدين أو وهب حصته للمدين أو أبرأ ذمته منها ، ومثل ذلك أيضاً أن يقبض الدائن حصته فتتلف في يده بسبب أجنبي فيكون في حكم من لم يقبض شيئاً ، لم يرجع الدائنون الآخرون عليه بشيء ، فهم لا يشاركونه عيناً إذ لا شيء في يده من جنس الدين حتى تمكن المشاركة فيه ، ولا يرجعون عليه ضماناً إذ هو لم يقبض شيئاً يضمنه لشركائه ، ويعتبر الدائن قد استوفى حصته هو ، ولا يبقى لشركائه إلا أن يتبعوا المدين بحصصهم (١) .

(١) ونقل هنا ما جاء في البدائع (جزء ٦ ص ٦٧ - ص ٦٨) تأكيداً لما استخلصناه من هذه المبادئ : « ولو كان الدين بين شريكين على امرأة ، فتزوجها أحدهما على نصيبه من الدين ، فقد روى بشر عن أبي يوسف أن لشريكه أن يرجع عليه بنصف حقه من ذلك . وروى بشر عنه أيضاً أنه لا يرجع وهو رواية محمد عن أبي يوسف . وجه الرواية الأولى أن التكاح أوجب المهر في ذمته ، وله في ذمتها مثله ، فصار قصاصاً بدينه ، فصار كأنه قبض نصف الدين ، فكان له أن يرجع بنصف حقه ، كما لو اشترى منها ثوباً بنصيبه من الدين . وجه الرواية الأخرى أن من شرط وجوب الضمان عليه لشريكه أن يسلم له ما يحتمل المشاركة ، ولم يوجد ، فلا يضمن لشريكه ، كما لو أبرأها عن نصيبه . ولو استأجر أحد الشريكين الغريم بنصيبه ، فإن شريكه يرجع عليه في قولهم جميعاً ، لأن الأجرة في مقابلتها بدل مضمون بالعقد ، فأشبه البيع ، وكذا الذي سلم له وهو المنفعة قابل للشركة ، فكان له أن يضته . وروى بشر عن أبي يوسف أن أحد الطالبين إذا شح المطلوب موضحة عدداً ، فصالحه هل حصته ، لا يلزمه شيء لشريكه ، لأنه لم يسلم له ما تمكن المشاركة فيه ، لأن الصلح عن جناية عمد ليس في مقابلته بدل مضمون ، فلم يسلم ما تصح المشاركة فيه ، فلا يلزمه شيء . وأما إذا استهلك أحد الطالبين =

ويمكن أن نستخلص من المبادئ المتقدمة حلولاً لمسائل لم يرد فيها نص من ذلك أن التفتين المدني العراقي قد أغفل النص على حالتي التجديد والتقدم . ويمكن القول بأنه إذا انقضت حصة أحد الدائنين في الدين المشترك عن طريق التجديد ، فإن الدائن يكون قد قبض حصته ولكن من غير جنس الدين ، فيرجع عليه شركاؤه بالضمان ، ويكون له الخيار إن شاء سلم إليهم أنصبتهم

= على المطلوب مالا، فصارت قيمته قصاصاً بدينه، أو افترض منه شيئاً بقدر نصيبه من الدين، فلتريه أن يرجع عليه ، لأن قدر القرض وقيمة المستهلك صار قصاصاً بدينه والاقتصاص استيفاء الدين من حيث المعنى ، فصار كأنه استوفى حقه . ولو كان وجب للمطلوب على أحد الطالبين دين بسبب قبل أن يجب لهما عليه الدين ، فصار ما عليه قصاصاً بما لأحد الطالبين ، فلا ضمان على اثنى سقط عنه الدين لشريكه ، لأنه ما استوفى دينه بل قضى ديناً كان عليه ، إذ الأصل في الدينين إذا التقيا قصاصاً أن يصير الأول مقضياً بالثاني لأنه كان واجب القضاء قبل الثاني، وإذا لم يكن مستوفياً للدين لم يكن له المشاركة إذ المشاركة تثبت في القدر المستوفى . وذكر ابن سماعه في نوادره عن محمد لو أن أحد الثريين الذين لهما المال قتل عبد المطلوب فوجب عليه التقصاص ، فصالحه المطلوب على خسارة درهم ، كان ذلك جائزاً ، وبرى من حصة القاتل من الدين ، وكان لشريك القاتل أن يشركه فيأخذ منه نصف الخسارة ، وكذلك لو تزوج المرأة الثرية على خسارة مرسل ، أو استأجر الثري بمخساة مرسل . رقب بين هذا وبين ما إذا صالح على نفس الدين أو تزوج به ، ووجه الفرق أن العقد هنا ، وهو الصلح والنكاح ، وقع على ما في الذمة ، وإنه يوجب المقاصة ، فكان استيفاء الدين معنى بمنزلة الاستيفاء حقيقة . بخلاف الصلح على نفس الدين والتزوج به ، فإن العقد هناك ما وقع على ما في الذمة مطلقاً، ألا ترى أن العقد هناك أخيف إلى نفس الدين ، فلم تقع المقاصة ، ولم يسلم له أيضاً ما يحتمل الاشتراك فيه ، فلا يرجع . وذكر على بن الجعد عن أبي يوسف أنه لو مات المطلوب وأحد الشريكين وارثه ، وترك مالا ليس فيه وفاء ، اشتركا بالمخصص ، لأن الدين يمنع انتقال الملك إلى الورثة لقوله تعالى « من بعد وصية يوصى بها أو دين » ، رتب الميراث على الدين فلم ينتقل الملك إلى الوارث ، فلا يسقط دينه ، وكان دين الوارث والأجنبي سواء . ولو أعطى المطلوب لأحدهما رهناً بحصته فهلك الرهن عنده ، فلتريه أن يضمه ، لأن قبض الرهن قبض استيفاء ، وهلاك الرهن يصير مستوفياً للدين حكماً ، فكان كالاستيفاء حقيقة . ولو غصب أحد الشريكين المطلوب عبداً فأتى عنده ، فلتريه أن يضمه ، لأنه صار ضامناً لقينة العبد من وقت الغصب فكالمفصوب من ذلك الوقت بطريق الظهور والاستناد . ولو ذهبت إحدى عيني العبد بأقعة سماوية في ضمان الفاسد فرده ، لم يرجع شريكه عليه بشيء ، لأنه لم يسلم له ما تمكن المشاركة فيه فيضمن لشريكه . وكذلك العبد المرهون إذا ذهبت إحدى عيني بأقعة سماوية . وكذا لو اشترى أحد الشريكين من الثري عبداً يباع فأسدأ وقضيه ، فأتى في يده أو يباعه أو أعطاه ، إنه يضمن لشريكه كما يضمن في الغصب . ولو ذهبت عينة بأقعة سماوية فرده ، لم يضمن لشريكه شيئاً ، ويجب عليه من حصته من الدين خاصة .

في الدين الجديد الذي حل محل حصته وإن شاء دفع إليهم نصيبهم في الدين المشترك ، وهذا قياساً على الصلح إذا كان بدله من خلاف جنس الدين (انظر المادة ٣٠٩ عراقى) . وإذا انقضت حصة أحد الدائنين بالتقادم دون أن تنقضى حصص الدائنين الآخرين ، فإن الدائن لا يكون قد قبض شيئاً ، ومن ثم لا يرجع عليه شركاؤه بشيء ، ويتبعون المدين بحصصهم .

١٦٣ — رجوع الدائنين الآخرين على الرأى بنصيبه في اعسار

المدين : وقد يختار الدائنون الآخرون ألاّ يشاركوا الدائن في حصته التي قبضها من الدين المشترك ، فيتركوها له ويتبعوا المدين بحصصهم . فان اختاروا متابعة المدين — كما تقول الفقرة الثالثة من المادة ٣٠٤ من التقنين المدني العراقى — فلا يرجعون على القابض بشيء ، إلا إذا توى نصيبهم ، فيرجعون عندئذ على القابض بحصصهم فيما قبضه ، ويأخذون منه مثل المقبوض لا عبته . فاذا كان الدين ، كما ذكرنا في مثل سابق ، تسعائة ، وكان الدائنون ثلاثة بحصص متساوية ، وقبض أحدهم حصته من الدين وهى ثلثائة ، ولم يختار الدائنان الآخران أن يشاركا الدائن الأول في هذه الحصة وتركها له ، طالب كل منهما المدين بحصته في الدين وهى ثلثائة . فان استوفى كل منهما حصته انقضت الدين جميعاً ، وبرت ذمة المدين نحو الدائنين الثلاثة ، وخلص للدائن الأول حصته التي قبضها كما خلس لكل من الدائنين الآخرين حصته . أما إذا كان المدين قد أعسر عند مطالبة الدائنين الآخرين له بحصتيهما في الدين المشترك ، تحمل الدائنون الثلاثة إعسار المدين كل بنسبة حصته ، ومن ثم يرجع الدائنان الآخران بالضمان على الدائن الأول الذى قبض ثلثمائة ، فيأخذ كل منهما مائة من هذا الدائن — مثلاً لا عيناً لأنهما يرجعان بالضمان لا بالمشاركة في عين المقبوض — ويبقى للدائن مائة مثلهما . وإذا كان إعسار المدين إعساراً جزئياً بحيث أن الدائنين الآخرين لم يخلص لكل منهما إلا نصف حصته أى مائة وخمسون ، فإن الدائنين الثلاثة يتحملون هنا أيضاً إعسار المدين كل بنسبة حصته ، فيرجع الدائنان الآخران بالضمان على الدائن الأول الذى قبض ثلثمائة ، فيأخذ كل منهما خمسين من هذا الدائن ، ويكون كل من الدائنين الثلاثة قد خلس له من حصته في الدين مائتان بدلاً من ثلثائة بسبب إعسار المدين هذا الاعسار الجزئى .

ويستوى أن تنقضى حصة أحد الدائنين في الدين المشترك بطريق الوفاء أو بأى طريق آخر يستوفى به الدائن مقابلاً لحصته كالوفاء بمقابل والمقاصة والتجديد ، ففي جميع هذه الأحوال يرجع الدائتون الآخرون على هذا الدائن الذى استوفى حصته كاملة بتسوية في إعسار المدين (١) .

وقد يقع أن شركاء الدائن الذى قبض حصته أو أخذ ما يقابلها ، عند رجوعهم عليه لتحميله نصيبه في إعسار المدين ، يجدونه هو أيضاً معسراً ، فلا مناص في هذه الحالة من أن يستقلوا هم دونته بتحمل إعسار المدين . ومثل ذلك ما إذا وجد الشركاء شريكهم معسراً عندما أرادوا مشاركته في حصته التى قبضها ، ثم لما طالبوا المدين بحصصهم وجدوه هو أيضاً معسراً ، فلا مناص من أن يتحملوا وحدهم ، هنا أيضاً ، إعسار المدين .

الفرع الثانى

التضامن بين المدينين

(Solidarité entre débiteurs — Solidarité passive)

١٦٤ — أهمية الموضوع لكثرة وقوعه في العمل : التضامن بين

المدينين يقع كثيراً في الحياة العملية . وهو ، وإن كان يعتبر من الناحية النظرية وضعاً استثنائياً إذ الأصل كما قدمنا إذا تعدد المدينون ألا يكونوا متضامنين ، إلا أن الاستثناء من الناحية العملية قد طغى على الأصل ، وقل أن نجد دائناً له مدينون متعددون في التزام واحد ولا يشترط تضامنهم ، بل إن كثيراً ما تتولى نصوص القانون نفسه مهمة إنشاء هذا التضامن .

والواقع من الأمر أن التضامن بين المدينين يعتبر أقوى ضرب من ضروب الكفالة الشخصية . فالدائن إذا أخذ كفيلاً بحقه ، وكان الكفيل غير متضامن

(١) أما إذا انقضت حصة الدائن في الدين المشترك دون أن يقبض شيئاً ، كما إذا أبرأ المدين من حصته أو انقضت هذه الحصة بالتقادم ، فيبدو أن الدائن في هذه الحالة لا يحمل نصيباً في إعسار المدين ، فهو لا يأخذ مقابل حصته حتى يشارك في تبعه الإعسار .

مع المدين ، كانت هذه هي المرتبة الدنيا من الكفالة الشخصية ، لأن الدائن لا يستطيع الرجوع على الكفيل إذا طلب الكفيل التجريد إلا بعد الرجوع على المدين . فاذا اشترط الدائن تضامن الكفيل مع المدين ، وصل إلى مرتبة أعلى من الكفالة الشخصية ، لأنه يستطيع أن يرجع ابتداء على الكفيل ، ولكن لا يزال التزام الكفيل تابعا لالتزام المدين الأصلي ، وهذا يجر إلى نتائج تنزل بالكفيل في درجة المديونية عن الأصيل . فاذا جعل الدائن الاثنين مدينين أصليين واشترط تضامنها ، وصل بذلك إلى المرتبة العليا من الكفالة الشخصية ، إذ يستطيع أن يرجع ابتداء على أيهما شاء مع تعادلهما في مرتبة المديونية ، فيصبح للدائن مدينان بدلا من مدين واحد ، كل منهما ملتزم نحوه بالدين جميعه .

فبقدر ما رأينا لتضامن الدائنين من مضار نرى مزايا لتضامن المدينين ، وفدرة التضامن بين الدائنين في العمل لا يعدلها إلا كثرة وقوع التضامن بين المدينين . على أن كلا من هذين النوعين من التضامن يقوم على أسس واحدة : وحدة الالتزام مع تعدد الروابط ، وكفالة متبادلة مصحوبة بمصلحة مشتركة ، تسوغ قيام وكالة هي أيضاً متبادلة ولكن فيما ينفع لا فيما يضر (١) . ومن ثم سنوحي في بحث التضامن بين المدينين نفس الخطة التي اتبعناها في بحث التضامن بين الدائنين ، فتكلم : (١) في مصدر التضامن بين المدينين (٢) ثم في الآثار التي تترتب على هذا التضامن . ولكننا هنا سنكون أكثر إسهاباً وتفصيلاً ، لأهمية الموضوع وكثرة وقوعه في العمل كما قدمنا .

المبحث الأول

مصدر التضامن بين المدينين

١٦٥ - التضامن بين المدينين مصدره الاتفاق أو نص في القانون :

رأينا أن مصدر التضامن بين الدائنين هو الاتفاق ، ولا توجد حالة من هذا

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٩ —

النوع من التضامن يكون مصدرها القانون . أما التضامن بين المدينين ، فصدره إما الاتفاق وإما نص في القانون . وهناك كثير من حالات التضامن السلبى القانون هو الذى تولى بنفسه إنشاء التضامن فيها بين المدينين المتعدين فى التزام واحد ، دون أن يكون لإرادة طرفى الالتزام دخل فى ذلك .

• لذلك تكون المادة ٢٧٩ من التقنين المدنى - وهى التى تقضى بأن « التضامن بين الدائنين أو المدينين لا يفترض ، وإنما يكون بناء على اتفاق أو نص فى القانون (١) » - أكثر انطباقاً على التضامن السلبى منها على التضامن الإيجابى ، ففى التضامن السلبى نجد أن المصدر حقاً هو الاتفاق أو نص القانون ، أما التضامن الإيجابى فلا مصدر له إلا الاتفاق ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

المطلب الأول

الاتفاق كمصدر للتضامن بين المدينين

١٦٦ - الاتفاق على تضامن المدينين لا يفترض : أكثر ما يقوم

تضامن المدينين على اتفاق بينهم وبين الدائن ، عندما يكونون جميعاً ملتزمين

(١) سبق أن أوردنا تاريخ هذا النص عند الكلام فى التضامن بين الدائنين ، وذكرنا ما يقابله فى التقنين المدنى السابق وما يقابله فى التقنينات المدنية العربية الأخرى ، (انظر آنفاً فقرة ١٢٥ فى الهامش) . ولم يبق إلا أن نذكر هنا نصوص التقنين المدنى العراقى والتقنينات الموجبات والمعقود البنائى الخاصة بالتضامن السلبى :

التقنين المدنى العراقى م ٣٢٠ : التضامن بين المدينين لا يفترض ، وإنما يكون بناء على اتفاق أو نص فى القانون . (وهذا النص مطابق لنص المادة ٢٧٩ من التقنين المدنى المصرى فيما يخص التضامن السلبى) .

تقنين الموجبات والمعقود البنائى م ٢٤ : إن التضامن بين المدينين لا يؤخذ بالاستنتاج ، بل يجب أن يستفاد صراحة من عقد إنشاء الموجب أو من القانون أو من ماهية القضية . هل أن التضامن يكون حتماً فى الموجبات المعقودة بين التجار فى شئون تجارية ، إذا لم يحصل العكس من عقد إنشاء الموجب أو القانون .

(والتقنين البنائى يتفق فى أحكامه مع التقنين المصرى ، ويزيد أن نص على التضامن فى المسائل التجارية ، فالتقنين البنائى أكثر توسعاً فى التضامن السلبى من سائر التقنينات المدنية العربية) .

بدين واحد ، فيشترط عليهم الدائن تضامنهم جميعاً في هذا الدين . ويصح أن يكون ذلك في العقد ذاته الذى أنشأ الدين ، أو بعد ذلك . فإذا باع شخص داره إلى ثلاثة ، جاز له أن يشترط في عقد البيع ذاته تضامن المشتري الثلاثة في الوفاء بالثمن ، كما يجوز له أن يتفق معهم على هذا التضامن في عقد منفصل نال لعقد البيع (١) .

وسواء كان الاتفاق على التضامن واقعاً في العقد الذى أنشأ الدين أو كان تالياً له ، فانه لا يجوز افتراض وجود التضامن دون الاتفاق على ذلك اتفاقاً واضحاً لاشك فيه (٢) ، كما هي الحال في التضامن بين الدائنين فيما قدمنا . فلو أن البائع في المثل المتقدم باع الدار في الشيوع للثلاثة على السواء صفقة واحدة . دون أن يعين حصة كل واحد منهم في الدار أو في الثمن ، لم يجوز أن يستخلص من ذلك أن الثلاثة متضامنون في الوفاء بالثمن ، لأن التضامن لا يفترض . ولوجب القول عند عدم تعيين حصة كل منهم أن الثلاثة متساوون في الحصة ، فلكل منهم ثلث الدار في الشيوع ، وعلى كل منهم ثلث الثمن بعد انقسام الدين عليهم . فإذا أراد البائع أن يكونوا متضامين ، وجب عليه أن يشترط التضامن بينهم في وضوح لاخفاء فيه ، فان التضامن أمر خطير ، فإذا لم يشترطه الدائن في جلاء تام ، فسر العقد لمصلحة المدينين وكان الأصل هو عدم تضامنهم (٣) .

(١) ويصح أن يكون مصدر التضامن هو الوصية — وهي إرادة منفردة لا اتفاق — فيوصى المورث بمبلغ من النقود لشخص ، ويجعل الورثة متضامين في أدائه الموصى له . وهذا ظاهر في القانون الفرنسى (بودرى وبارد ؟ فقرة ١١٧٢ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٦٥) . أما في مصر فالتركة ، طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية ، مسئولة عن الوصية ، إذ الوصية مقدمة على الميراث ، فسواء اشترط الموصى تضامن الورثة في أداء الوصية أو لم يشترط ، فإن الموصى له يأخذ الوصية كاملة من التركة قبل الورثة ما دامت لا تخرج من الثلث .

(٢) مصر اللوطنية ٢١ إبريل سنة ١٨٩١ المحقوق ٦ ص ٧٦ — استئناف مختلط ١٠ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٦٦ — ١٥ يونيه سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٦٧ — ٦ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٦٧ .

(٣) استئناف مختلط ١٣ ديسمبر سنة ١٩٠٠ م ١٣ ص ٤١ — ٢٢ فبراير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٨٦ — ٦ أبريل ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٣٧ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٩٤ مكررة (٢) — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٦٥ ص ٤٢١ — ص ٤٢٢ .

ولا يفهم هنا في التضامن بين المدينين ، كما لا يفهم هناك في التضامن بين الدائنين على الوجه الذى سبق بيانه : أن التضامن لا بد أن يرد فيه شرط صريح ، بل يصح أن يكون الشرط ضمنيا (١) ، ولكن يجب أن يكون هذا الشرط الضمنى موجوداً فعلاً فلا يجوز افتراضه (٢).

والشرط إذا كان صريحاً ليس من الضروري أن يرد بلفظ « التضامن » ، بل يكفي أن تستعمل عبارة تفيد هذا المعنى ، كأن يشترط الدائن على المدينين أن يكون كل واحد منهم مسئولاً أمامه عن كل الدين ، أو أن له الرجوع على أى منهم بكل الدين ، أو أن جميع المدينين متكافلون فى الدين جميعه على وجه التساوى ، أو نحو ذلك من العبارات التى لا تدع شكاً فى أنه قصد الاتفاق معهم على التضامن (٣).

وقد يكون شرط التضامن ضمنياً كما قدمنا . والشرط الضمنى غير الشرط المفترض ، فالتضامن لا يجوز أن يقوم على شرط مفترض ، ولكن يجوز أن يقوم على شرط ضمنى . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا استخلصت محكمة الموضوع من اتفاق أربعة شركاء فى إجارة على أن يكون الإيجار من الباطن بمعرفتهم جميعاً وتخصيل الأجرة بواسطة فلان وكيل اثنين منهم هما أخوان وباشراف الشريكين الآخرين ، وأن ترسل المبالغ المحصلة للمؤجر الأصيل خصماً من الأجرة ، وأن تحفظ جميع المستندات تحت يد واحد منهم (أحد الأخوين) ، وأن يكون لباقي الشركاء أن يأخذوا بياناً بما يهملهم على أن يقدم الحساب فى نهاية كل سنة ، إذا هى استخلصت من عبارات هذا الاتفاق على ضوء ما ذكرته من الاعتبارات والظروف القائمة فى الدعوى أن فلان المذكور لم يكن وكيلاً عن الشريكين الآخرين ، وأن الأخوين يجب لذلك اعتبارهما مسئولين قبلهما عن المبالغ التى حصلها هذا الوكيل ولو لم يكونا قد قبضاها منه ،

(١) استئناف وطنى ٧ أغسطس سنة ١٨٩٣ الحقوق ٧ ص ٢٠٣ .

(٢) استئناف مخطط ٢٠ يناير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٣٠ .

(٣) استئناف مخطط ١١ يناير سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٩٧ — ٣ مارس سنة ١٩١٠ م

٢٢ ص ١٧٩ — ٥ فبراير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٢٠٢ — ٦ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢

ص ٣٣٥ — يبدان ولا جارد ٨ فقرة ٨٠٩ ص ٥٩٥ وهامش رقم ٢ .

فإنها إنما تكون قد فصلت في مسألة موضوعية لا شأن لمحكمة النقض بها . ثم إذا ، هي استخلصت من عبارات الاتفاق ومن ظروف الدعوى أيضاً أن الأخوين إنما قصدا تقسيم باقي الشركاء بأن يتحمل كل منهما المسؤولية المترتبة على ما يقع من هذا الوكيل ، فإن هذا الاستخلاص يكون سائفاً والحكم عليهما بالتضامن يكون في محله (١) . وقضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه إذا تعهد شخصان بدين واحد لدائن واحد وكان تعهد كل منهما بعقد على حدة ، كانا ملزمين بذلك الدين بالتضامن (٢) . على أنه لا يكفي لاستخلاص الشرط الضمني للتضامن أن تكون الظروف مرجحة له ، بل يجب أن تكون مؤكدة له لا تدع سبيلاً للشك فيه كما قدمنا . فقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الثابت من جميع ظروف الدعوى ووقائعها أن زيداً قد أدار الأقطان التي اشتراها بكر باذن شقوى صدر منه في حضرة أحد أبنائه (عمرو) مقابل أجر معين ، وأنه لما توفي بكر عند منتصف السنة الزراعية استمر زيد بتكليف من عمرو وحده في إدارتها لنهاية السنة ، ولم يقل عمرو إنه كان وكيلًا عن أخيه الوارثين الآخرين حين كلف زيداً بالاستمرار في إدارة الأقطان ، ولم تدع هاتان الأختان أنهما وكلتا أخاهما عنهما ، فلا يجوز اعتبار زيد وعمرو مسئولين بالتضامن عن نتيجة حساب إدارة الأقطان ، بل يسأل زيد وحده عن هذا الحساب قبل كل من الورثة (٣) .

-
- (١) نقض مدني ٢٩ أكتوبر سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٨٢ ص ٤٨٨ .
 (٢) استئناف وطني ٣ ديسمبر سنة ١٨٩٦ الحقوق ١٢ ص ١١ . وقضى أيضاً بأن تعهد كل مدني بنفس الدين في التزام مستقل يستخلص منه التضامن (المحلة ٢١ فبراير سنة ١٩٣٣ الهامة ١٣ رقم ٦٥٨ ص ١٣١٣) .
 (٣) نقض مدني ٣١ مارس سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٠٦ ص ٣١٥ . وقضى أيضاً بأنه إذا استدان شخصان مبلغاً بمقد واحد ، وهرن كل منهما عقاراً من ممتلكاته لعدد هذا الدين ، وخلا العقد من بيان حصة كل منهما وكيفية الدفع ، فلا تضامن بينهما ، بل يكون على كل أداء نصف الدين إلا إذا اعترف أحدهما بأن نصيبه أكثر من النصف (بنى سريف ٢٠ يناير سنة ١٩٠٩ المجموعة الرسمية ١٠ ص ٢٣٩) . ولا يكون هناك تضامن بين الطرفين دون اتفاق في الالتزام نحو السمسار في صفقة عقدها الطرفان بوساطته (استئناف مختلط ١٦ مارس سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٦٨ — مصر الوطنية ٢٩ أكتوبر سنة ١٩٠٧ الحقوق ٢٣ ص ٢٦) .
 وانظر في قيام التضامن : استئناف مختلط ١٣ مارس سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٨٥ —

ويترتب على عدم جواز افتراض التضامن ما يأتي : (١) على من يدعى قيام التضامن أن يثبت وجوده . (٢) عند الشك في قيام التضامن ، يعتبر التضامن غير قائم . (٣) الحكم الذي يقضى بتضامن المدين ، دون أن يبين مصدر هذا التضامن ، وهل هو اتفاق أو نص في القانون ، وإذا كان اتفاقا هل هو اتفاق صريح أو اتفاق ضمني ، وإذا كان اتفاقاً ضمناً كيف استخلص قاضي الموضوع من عبارات التعاقد وظروفه وجوده الذي لا شك فيه ، يكون حكماً قاصراً يتعين نقضه (١) .

١٦٧ - اثبات الافتراض مصدر التضامن : وشرط التضامن ،
صريحاً كان أو ضمناً ، يجب إثباته ، وعلى الدائن الذي يدعى تضامن مدنيه عبء هذا الإثبات (٢) .

= ٢٢ أبريل سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٤٢ - فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٥٥ - ٢٧ مايو سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٩٠ .

وانظر في عدم قيام التضامن : استئناف مختلط ١٦ يناير سنة ١٨٨٩ م ١ ص ١٨١ - ٢٩ ديسمبر سنة ١٨٩٨ م ١١ ص ٧٤ - ١٤ فبراير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٣٠ - ٢٢ مارس سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٧٣ - ٤ فبراير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٠٠ - ٥ يونيو سنة ١٩١٩ جازيت ١٠ - ٩ - ١ - ١١ يونيو سنة ١٩٢١ جازيت ١٢ - ٢٤ - ٤٠ - ١٣ يونيو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٥٠٦ - ١١ مارس سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٢٥٧ - ١٠ يونيو سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٤٢٦ - ٣١ يناير سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ١٤٦ - ٢٧ فبراير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٦٩ - مصر الوطنية ١٦ مايو سنة ١٩١١ الحقوق ٢٧ ص ٤٥ .

وقد سبق أن ذكرنا أن المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى تقول في هذا الصدد : « ومن الأصول المقررة أن التضامن بنوعه لا يفترض ، وليس يقصد بذلك إل وجوب اشتراطه بصريح العبارة ، فقد تنصرف إليه الإدارة ضمناً ، ولكن ينبغي أن تكون دلالة الاقتضاء في مثل هذه الحالة واضحة لا غم فيها . فإذا اكتنف الشك هذه الدلالة ، وجب أن يؤول لتفى التضامن لا لإثباته » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٥١ وانظر آنفاً فقرة ١٢٧) .

ويصح أن يستخلص من الظروف ووقائع الدعوى أن الطرفين إنما أرادا من ذكر التضامن أن يكون الملتزم كلياً لمدى أصل لا مدنياً متضامناً معه ، كما يصح أن يستخلص أنه كفيل متضامن لا مدني متضامن (بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٧٧ - فقرة ١١٧٨) .

(١) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٦٥ - نقص فرنسى أول ديسمبر سنة ١٩٠٨ والوز ١٩٠٩ - ١ - ٤٢٠ - أول فبراير سنة ١٩٢١ دالوز ١٩٢٤ - ١ - ١٣٣ -

أول يونيو سنة ١٩٣٨ سيري ١٩٣٨ - ١ - ٢٥٣ .
(٢) وقد يقع عبء إثبات التضامن على أحد اللدين المتضامنين إذا دفع الدين كله الدائن =

ويثبت شرط التضامن طبقاً للقواعد العامة في الإثبات . فان كان الالتزام المدعى التضامن فيه بين المدينين يزيد على عشرة جنهات ، لم يجوز إثباته إلا بالكتابة أو بما يقوم مقامها . فان وجد مبدأ ثبوت بالكتابة مثلاً ، جازت تكملته بالبينة أو بالقرائن . وإذا كان الالتزام لا يزيد على عشرة جنهات ، جاز الإثبات في هذه الحالة بالبينة أو بالقرائن .

ونرى من ذلك أن التضامن يجوز إثباته في بعض الأحوال بالقرائن . ولا يتعارض هذا مع القاعدة التي قدمناها من أن التضامن لا يفترض . فافتراض التضامن معناه أن وجود التضامن مجرد افتراض ، أما إثبات التضامن بالقرائن فعناه أن شرط التضامن موجود فعلاً وأن وجوده ثابت بالقرائن (١).

١٦٨ — التضامن بين المدينين في المسائل التجارية : والتضامن بين

المدينين لا يفترض في المسائل التجارية كما هو لا يفترض في المسائل المدنية ، وهذا على خلاف ما جرى عليه الفقه والقضاء في فرنسا من أن التضامن يفترض في المسائل التجارية دون المسائل المدنية .

هناك من الفقهاء الفرنسيين من ينهب إلى أن التضامن في القانون الفرنسي لا يفترض في المسائل التجارية ، فهي والمسائل المدنية سواء في ذلك ، وأبرز من قال بهذا الرأي لوران (٢). ولكن الكثرة الغالبة من فقهاء فرنسا (٣)، والقضاء الفرنسي معهم (٤)، يذهبون جميعاً إلى أن التضامن يفترض في المسائل

— وأراد الرجوع على المدينين الآخرين كل بتصيه ، فأنكر عليه أحدم حق الرجوع ونفى وجود التضامن .

(١) هيك ٧ فقرة ٣٠٩ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٧٩ — بلانيول وريبير وجابول ٧ فقرة ١٠٦٦ .

(٢) لوران ١٧ فقرة ٢٨٥ .

(٣) بارتان على لوبري ورو ٤ فقرة ٢٩٨ مكررة ثالثاً هامش ٩ مكرر بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٧٥ — بلانيول وريبير وجابول ٧ فقرة ١٠٧٥ — بيدان ولاجار ٨ فقرة ٨٤٧ — كولان وكابيتان ٢ ص ٢٠٠ — ليون كان ورنو ٣ فقرة ٢٨ — تالير فقرة ١٠٥٤ — أسكارا فقرة ٥ — ريبير في القانون التجاري فقرة ٣٢٨ .

(٤) كان القضاء الفرنسي في مبدأ الأمر يقيم التضامن في المسائل التجارية على أساس افتراض —

التجارية على خلاف المسائل المدنية . فاذا اشترى تاجران صفقة تجارية واحدة دون أن يشترط عليهما البائع أن يكونا متضامنين ، فانهما مع ذلك يكونان متضامنين في أداء الثمن للبائع ، إلا إذا استبعدا التضامن بشرط خاص . فالأصل إذن في فرنسا قيام التضامن في المسائل التجارية ما لم ينص المتعاقدان على استبعاده ، ويبررون ذلك بأن التقاليد منذ عهد القانون الفرنسي القديم قد استقرت على افتراض التضامن في المسائل التجارية ، نزولا على مقتضيات الاتهام التجاري وما يستتبع ذلك من توفير أسباب الثقة بالتجار ، فيحصلون من وراء هذه الثقة على الضمان الكافي (١) .

— قيام شركة تجارية بين المدينين المتضامنين ، فكان يقضى بقيام التضامن بين تجار اشعروا شيئا مشتركا ، أو بين موكل ووكيله من أعمال تجارية قام بها الوكيل مع الغير ، أو بين شركاء في شركة محاصة تعاملوا مع الغير ، أو لوجود شركة واقعية بين شركتين أو وجود مال مشترك في الظاهر بين هاتين الشركتين (أنظر الأحكام المشار إليها في هذا الصدد في بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٧٥ ص ٤٣٩ المراسم رقم ٢ إلى رقم ٨) . وكان يقم التضامن في الالتزامات الناشئة من العمل غير المشروع على أساس الخطأ المشترك . أما في الالتزامات الناشئة عن الإثراء بلا سبب فكان لا يقضى بالتضامن فيها ، بل كان لا يقضى بافتراض تضامن التكفل مع المدين الأصلي في المسائل التجارية إذ كان يطلى التكفل حق التجريد — ولكن محكمة النقض الفرنسية أزالت كل هذه القيود ، وأصبحت تقضى في عبارة عامة بقيام التضامن في المسائل التجارية ، لأن هذا ما تقتضيه مصلحة الدائن والمدين معا تقوية للاتمان التجاري ، وذلك ما لم يستبعد التضامن باتفاق صريح أو ضمني يستظهره قاضي الموضوع (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٧٥ ص ٤٣٩ — ص ٤٤١) .

(١) بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٧٥ ص ٢٩٢ — ويتابع بودرى وبارد (ص ٢٩٢ — ص ٢٩٤) إيراد أقوال فقهاء القانون الفرنسي القديم التي تثبت أن العرف التجاري كان يقضى بقيام التضامن بين التجار في المسائل التجارية ، ويوردان كذلك الأعمال التحضيرية للتقنين المدني الفرنسي التي تؤيد هذا المص .

وتنص المادة ٢٤ من تقنين الموجبات والنفود البنائي صراحة على قيام التضامن في المسائل التجارية ، فنقول : « هل أن التضامن يكون حتما في الموجبات المقررة بين التجار في شؤون تجارية إذا لم يتحصل العكس من عقد إنشاء الموجب أو من القانون » . أما التقنين المدني الألماني فيذهب إلى مدى أبعد من ذلك ، فهو يفترض قيام التضامن حتى في الالتزامات المدنية التي يكون مصدرها العقد (م ٤٢٧ من هذا التقنين) ، فسم بهذا النص الحكم الذي كان واردا في المادة ٢٨٠ من التقنين التجاري الألماني القديم . هل أن التقنين المدني الألماني يضيّق من جهة أخرى من الآثار التي تترتب على التضامن ، ولا يتوسع فيها توسع التقنينات اللاتينية (بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٧٦) .

ولا يزال هناك خلاف بين الفقهاء الفرنسيين (١) هل التضامن في العقود التجارية مصدره العرف التجاري القديم فيقوم التضامن لمجرد أن العقد تجارى (٢) ، أو أن هذا التضامن إنما هو تفسير لنية المتعاقدين ، فإذا اتضح من الظروف وجوب استبعاد هذه النية لم يكن هناك محل لقيام التضامن ، كما إذا أمنت شركتان للتأمين شيئاً واحداً وتعهدت كل منهما أن تؤمن نصفه فلا محل لافتراض أن نيتهما انصرفت إلى قيام التضامن بينهما (٣) .

ولا يقتصر الأمر في فرنسا على افتراض التضامن في العقود التجارية ، بل هناك من الفقهاء من يتوسع فيه فيمده إلى كل التزام تجارى ، أياً كان مصدره ، عقد أو عمل غير مشروع أو إثراء بلا سبب ، فإن هذا التوسع هو الذى تقتضيه حاجات الائتمان التجارى (٤) . على أن التضامن عن العمل غير المشروع مقرر في فرنسا كقاعدة تقليدية لا في المسائل التجارية فحسب ، بل أيضاً في المسائل المدنية . وقد سائر القضاء الفرنسى هذه النزعة في التوسع (٥) ، وظهر ذلك بنوع خاص في توسعه في تقرير التضامن بين أعضاء مجالس إدارة الشركات (٦) .

أما في مصر فقد كان الرأى الغالب فى الفقه والقضاء فى عهد التتّين المدنى

(١) انظر بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٧٥ ص ٤٤١ .

(٢) هامل (Hamel) فى تعليقه على حكم محكمة النقض الفرنسية فى ٢٠ أكتوبر سنة ١٩٢٠ سيرة ١٩٢٢ — ١ — ٢٠٣ — دراكيديس (Drakides) ص ٥٥ وما بعدها .

(٣) ريبير فى القانون التجارى فقرة ٣٢٨ وفى القانون البحرى فقرة ٢٤١٢ — بلانيول وريبير وبولانجي ٢ فقرة ١٨٥٣ .

(٤) هامل (Hamel) فى المرجع السابق الإشارة إليه فى سيرة ١٩٢٢ — ١ — ٢٠١ — قارن دى باج ٣ فقرة ٣٢٨ .

(٥) انظر أمثلة لتوسع القضاء الفرنسى فى بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٧٥ ص ٤٤٢ — أما التضامن بين الدائنين فإنه لا يفترض ، لا فى مصر ولا فى فرنسا ، وقد سبق الإشارة إلى ذلك (انظر آنفاً فقرة ١٢٧) .

(٦) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٧٥ ص ٤٤٣ — ٤٤٤ . عل أن محكمة النقض الفرنسية قضت حديثاً بأن الشركاء فى خطأ مشترك ، وإن كان يجوز الحكم على كل منهم بصويص كل الضرر الناجم عن هذا الخطأ ، إلا أنهم لا يكونون متضامنين (نقض فرنسى ١٠ مايو سنة ١٩٤٨ J. S. ١٩٥٠ ص ٩٢) .

السابق هو أن التضامن لا يفترض حتى في المسائل التجارية (١). ولا يرى أن التقنين المدني الجديد قد استحدثت جديداً في هذا الصدد ، فلا تزال القاعدة التي تقضى بأن التضامن لا يفترض دون تمييز بين المسائل المدنية والمسائل التجارية موجودة في التقنين الجديد كما كانت موجودة في التقنين القديم ، ولا يزال التقنين التجاري قائماً كما هو ينص في حالات خاصة على التضامن ، مما يستخلص منه مفهوم المخالفة أن التضامن لا يقوم في غير هذه الحالات المنصوص عليها ، وإلا لما عفى التقنين التجاري بالنص على حالات معينة يقوم فيها التضامن إذا كان من شأن التضامن أن يقوم في جميع المسائل التجارية من غير استثناء (٢).

ومن ثم لا يفترض في مصر قيام التضامن بين التجار ، لا في العقود التجارية ولا في الالتزامات التجارية ما بين التجار التي يكون مصدرها الإجراء بلا سبب.

(١) وقد كتبنا في الموجز في هذا الصدد ما يأتي : « والقاعدة التي تقضى بأن التضامن لا يفترض صحيحة في المسائل التجارية صحتها في المسائل المدنية ، وإن كان كثير من الفقهاء في فرنسا يذهبون إلى أن التضامن يفترض في المسائل التجارية بحكم العرف والعادات ، وجارتهم في ذلك أخيراً محكمة النقض الفرنسية . أما في مصر فتزعم القضاء تنجه إلى عدم اقتراض التضامن حتى في المسائل التجارية » (الموجز المؤلف فقرة ٥٠٤ ص ٥١١) . انظر أيضاً في هذا المعنى الأستاذ أحمد حشمت أبو سبوت فقرة ٧٠٣ . وانظر : استئناف مختلط ٢٨ يناير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٠٦ — ١١ يناير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٠٩ — وقضت محكمة المنشية الوطنية بأن التضامن لا يفترض ، ولا بد من نص صريح في القانون أو الاتفاق ، ولم يرد في القانون التجاري ما يخالف ذلك ، ولذا اختلف فيما إذا كانت المسائل التجارية تخرج على هذا الحكم ، فذهب رأى إلى أنها والمسائل المدنية سواء ، وذهب آخرون إلى خلاف ذلك . عل أن الرأي القائل بدم سرعان المادة ١٠٨ مدني على المسائل التجارية لا يفيد أكثر من التسامح في استنباط الدليل على قيام رابطة التضامن أو تقرير قرينة ببدئية لمصلحة الدائن ، وهو دليل يحتمل الجدل وقرينة يصح نقضها بظروف الحال كافة (٩ إبريل سنة ١٩٣١ الجريدة القضائية ١١٤ ص ١٧) . ومع ذلك قارن ألبير فاهل والدكتور كامل أمين ملش في القانون التجاري المصري فقرة ١٢٠ ص ٦٨ وقرة ٦٦٢ ص ٣٥٢ — استئناف مختلط ١١ نوفمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ١٨ — ١٤ مارس سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٢٩٣ .

(٢) ويذهب الأستاذ إسماعيل غانم إلى عكس هذا الرأي فيقول بافتراض التضامن في المسائل التجارية ، ويعمل اقتضار التقنين التجاري على حالات معينة نص فيها على قيام التضامن بأنها حالات عني بها المشرع عناية خاصة لأهميتها (أحكام الالتزام فقرة ١٩٥ ص ٢٧٦) . وانظر من هذا الرأي العكسي الأستاذ حبيب الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ٢٠١ — وقارن الأستاذ عبد الحى حجازي ١ ص ٢٢٧ .

وإنما يقوم التضامن بين التجار في الحالات التي ورد فيها نص في القانون ، وقد وردت نصوص مختلفة بهذا المعنى في التقنين التجاري سند ذكر أهمها فيما يلي . كذلك يقوم التضامن في الالتزامات المدنية والتجارية على السواء التي يكون مصدرها عملاً غير مشروع ، وتقضي بذلك المادة ١٦٩ مدني كما سيأتي ، ويسرى هذا الحكم بوجه خاص على المسؤولية التقصيرية لأعضاء مجالس إدارة الشركات (١) .

وفيما عدا الحالات التي ورد فيها نص في القانون يقضى بالتضامن ، لا يقوم التضامن بين التجار في مصر ، كما قدمنا ، دون شرط يقضى به . على أن هذا الشرط الذي يقضى بالتضامن يمكن استخلاصه في المسائل التجارية بأيسر مما يستخلص في المسائل المدنية ، وذلك لسببين : (أولاً) إذا أراد الدائن إثبات شرط التضامن في المسائل التجارية ، فإن جميع طرق الإثبات تكون مفتوحة أمامه ، فيستطيع أن يثبت بالبينة ، بل بالقرائن وحدها ، ولو زادت قيمة الالتزام على عشرة جنيهات ، وذلك وفقاً للقواعد العامة للإثبات في المواد التجارية . (ثانياً) وعندما يريد الدائن أن يثبت شرط التضامن عن طريق القرائن ، فمن أهم هذه القرائن أن يكون الالتزام قائماً بين التجار في مسألة تجارية ، فإن هذا وحده يمكن اعتباره قرينة هامة ، إذا عززتها قرائن أخرى أمكن قاضي الموضوع أن يستخلص قيام التضامن في المسائل التجارية في كثير من اليسر .

(١) ذلك أن وكالة مجلس إدارة الشركة المساهمة هي وكالة قانونية لا اتفاقية ، ومن ثم تكون مسئولية أعضاء مجلس الإدارة أمام الشركة والمساهمين والغير مسئولية تقصيرية ، فيكون جميع أعضاء مجلس الإدارة متضامنين في هذه المسئولية (م ١٦٩ مدني) . عل أن المسئولية تكون فردية إذا قام أحد الأعضاء بمفرده بعمل ضار بالشركة أو بالفسير ، دون أن يشترك معه الآخرون في هذا الخطأ ، ودون أن يقصروا في واجبهم من الرقابة (انظر رسالة الدكتور مصطفى كمال وصفي في المسئولية المدنية لأعضاء مجالس الإدارة في شركات المساهمة - القاهرة سنة ١٩٥١ ص ٣٦ - ص ٤٠) .

المطلب الثاني

نص القانون كمصدر للتضامن بين للتدينين

١٦٩ - نصوص متناثرة في التقنيات والقرينات المختلفة : وليس

الامتناع وحده هو مصدر التضامن السلبى ، بل كثيراً ما يقوم التضامن بين المدينين بموجب نص فى القانون كما قدمنا . وإذا قام التضامن على نص فى القانون لم يجوز أن يقاس عليه غيره ، فان أحوال التضامن القانونى مذكورة على سبيل الحصر (١).

والتصوص التى تقيم التضامن السلبى كثيرة متناثرة فى نواحى التقنيات والتشريعات المختلفة . وأهم هذه النصوص نجدتها فى التقنين المدنى والتقنين التجارى والتقنين الجنائى وتقنين المرافعات . ونورد طائفة منها على سبيل التمثيل .

فى التقنين المدنى نجد المادة ١٦٩ الخاصة بالتضامن فى المسئولية عن العمل غير المشروع ، والمادة ١٩٢ الخاصة بتضامن الفضولين إذا تعددوا ، والمادة ٦٥١ الخاصة بتضامن المهندس والمقاول فى مسئوليتهما عن تهديم البناء ، والمادة ٧٠٧ الخاصة بتضامن الوكلاء إذا تعددوا ، والمادة ٧٠٨ الخاصة بتضامن الوكيل مع نائبه ، والمادة ٧١٢ الخاصة بتضامن الموكلين إذا تعددوا ، والمادة ٧٩٥ الخاصة بتضامن الكفلاء فى الكفالة القضائية وفى الكفالة القانونية .

وفى التقنين التجارى نجد المواد ٢٢ و ٢٣ و ٢٩ و ٣٠ وهى خاصة بتضامن الشركاء فى شركة التضامن وفى شركة التوصية ، والمادة ٥٧ وهى خاصة بتضامن مديرى الشركة المساهمة ، والمواد ١١٧ و ١١٩ و ١٣٧ وهى خاصة بتضامن الساحب للكيميالة والحميل والكفيل ، والمادة ٢٥٤ وهى خاصة بتضامن وكلاء التفليسة عند التعدد . وفى التقنين البحرى نجد المادة ٢٣ وهى خاصة بتضامن الكفيل مع من رسا عليه مزاد السفينة

(١) الموجز لاولف فقرة ٥٠٥ ص ٥١١ .

وفي تقنين المرافعات نجد المادة ٣٥٧ وهي خاصة بالتضامن في مصروفات الدعوى .

وفي التقنين الجنائي نجد المادة ٤٤ وهي خاصة بالتضامن في الغرامات النسبية .

ونكتفي بهذا القدر من النصوص . ويمكن تقسيم الالتزامات التضامنية التي تشمل عليها إلى التزامات مدنية والتزامات تجارية ، ثم ترتيب الالتزامات المدنية بحسب مصدرها فمنها ما هو مصدره العقد ، ومنها ما هو مصدره العمل غير المشروع ، ومنها ما هو مصدره الإثراء بلا سبب ، ومنها ما هو مصدره القانون (١) . ونقول كلمة عن كل منها بهذا الترتيب ، ونقتصر في هذه الكلمة على إبراز فكرة التضامن ، أما النص من ناحية موضوعه فيشرح في مكانه .

١٧٠ — التزامات مدنية مصدرها العقد : هذه هي الالتزامات

الناشئة من عقد المقاولة ومن عقد الوكالة .

ففي عقد المقاولة تنص المادة ٦٥١/٢١ على ما يأتي : « (١) يضمن المهندس المعماري والمقاول متضامنين ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلي أو جزئي فيما شيدوه من مبان أو أقامو من منشآت ثابتة أخرى ، وذلك ولو كان التهدم ناشئاً عن عيب في الأرض ذاتها أو كان رب العمل قد أجاز إقامة المنشآت المعيبة ، ما لم يكن المتعاقدان في هذه الحالة قد أرادا أن تبقى هذه المنشآت مدة أقل من عشر سنوات . (٢) ويشمل الضمان المنصوص عليه في الفقرة السابقة ما يوجد في المباني والمنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته . وظاهر أن مسؤولية كل من المهندس المعماري والمقاول نحو رب العمل عن سلامة البناء إنما هي مسؤولية تعاقدية نشأت من عقد المقاولة ذاته . ولما كان التضامن في الالتزامات التعاقدية — ومنها المسؤولية التعاقدية ذاتها — لا يفترض كما سبق

(١) هذا ويلاحظ أن الالتزامات المدنية التي يقيم فيها القانون التضامن ينص في التقنين المدني لا يقتصر التضامن فيها على ما كان مدنياً منها ، بل يشمل أيضاً — ومن باب أولى — ما كان منها تجارياً وأياً كان مصدره : العقد أو العمل غير المشروع أو الإثراء بلا سبب أو القانون .

القول ، فكان لا بد من شرط في عقد المفاولة أو نص في القانون ليقم التضامن بين المهندس المعماري والمقاول في هذه المسؤولية : فوجد النص المتقدم الذكر وهو يقضي عن الشرط . ومن ثم يكون المهندس المعماري والمقاول متضامنين في المسؤولية نحو رب العمل عن سلامة البناء حتى لو لم يوجد شرط يقضي بالتضامن في عقد المفاولة ، فنص القانون هو الذي يقيم هذا التضامن .

وفي عقد الوكالة تنص المادة ١/٧٠٧ مدني على أنه : إذا تعدد الوكلاء كانوا مسؤولين بالتضامن متى كانت الوكالة غير قابلة للانقسام ، أو كان الضرر الذي أصاب الموكل نتيجة خطأ مشترك . على أن الوكلاء ، ولو كانوا متضامنين ؛ لا يسألون عما فعله أحدهم مجاوزاً حدود الوكالة أو متعسفاً في تنفيذها .. وهنا التزامات الوكيل ومسؤوليته عن تنفيذ هذه الالتزامات منشؤها جميعاً عقد الوكالة ، فإذا تعدد الوكلاء بقيت التزامات كل منهم ناشئة من هذا العقد ، فلا يقوم التضامن بينهم إذن ، من غير شرط ، إلا بنص في القانون ، وهو النص المتقدم الذكر . وقد اشترط النص وحدة العمل الذي تنشأ عنه المسؤولية ، بأن يكون تنفيذ الوكالة غير قابل للانقسام فيكون الوكلاء وقد اشتركوا في التنفيذ قد قاموا بعمل واحد لا يقبل التجزئة ، أو بأن يكون التنفيذ متكوناً من أعمال متفرقة ولكن الوكلاء قد اشتركوا في عمل واحد من هذه الأعمال فارتكبوا خطأ مشتركاً . وغنى عن البيان أنه لو انفرد أحد الوكلاء بتجاوزة حدود الوكالة أو انفرد بالتعسف في تنفيذها ، استقل وحده بالمسؤولية ، لأن الوكلاء الآخرين لم يشتركوا معه في العمل الذي أوجب مسؤوليته فلا يكونون متضامنين معه ، بل لا يكونون مسؤولين أصلاً . ثم تنص المادة ١/٧٠٨ مدني على أنه : إذا أتاب الوكيل عنه غيره في تنفيذ الوكالة دون أن يكون مرخصاً له في ذلك ، كان مسئولاً عن عمل النائب كما لو كان هذا العمل قد صدر منه هو ، ويكون الوكيل ونائبه في هذه الحالة متضامنين في المسؤولية . وإذا كانت مسؤولية الوكيل قد نشأت من عقد الوكالة ، فإن مسؤولية النائب نحو الموكل لم تنشأ من هذا العقد لأن الوكالة لا ترخص في تعيين نائب فلا يربط النائب بالموكل عقداً ، وتكون مسؤوليته نحو الموكل مسؤولية تقصيرية . وكان مقتضى أن تكون مسؤولية الوكيل تعاقدية ومسؤولية النائب تقصيرية ألا يقوم بينهما تضامن (solidarité) بل يقوم (م ١٨ — الوسيط)

تضام (obligation in solidum) على ما سنرى ، ولكن النص صريح في إنشاء التضامن بين الوكيل ونائبه بما يستتبع التضامن من نتائج أصلية ونتائج ثانوية (١). وتنص أخيراً المادة ٧١٢ مدنى على أنه « إذا وكل أشخاص متعددون وكيلاً واحداً في عمل مشترك ، كان جميع الموكلين متضامين قبل الوكيل في تنفيذ الوكالة ، ما لم يثبت على غير ذلك ». وهنا نرى أن الالتزام بتنفيذ الوكالة والقيام بهذا العمل المشترك مصدره عقد الوكالة ، فالتضامن دون شرط في العقد لا يقوم إلا بنص في القانون ، وهو النص المتقدم الذكر (٢).

١٧١ — التزامات صرنية مصدرها العمل غير المشروع : تنص المادة

١٦٩ مدنى على أنه « إذا تعدد المسئولون عن عمل ضار كانوا متضامين في التزامهم بتعويض الضرر ، وتكون المسئولية فيما بينهم بالتساوى ، إلا إذا عين القاضى نصيب كل منهم في التعويض ». وهذا نص من النصوص الجوهرية في التضامن ، له أهمية بالغة ومدى واسع في التطبيق ، فهو يقضى بالتضامن في المسئولية عن أى عمل غير مشروع . ووضح أن العمل غير المشروع قد أصبح في العصر الحاضر مصدراً هاماً من مصادر الالتزام ، وهو يكاد يدانى العقد في

(١) وتقضى الفقرة الثالثة من المادة ٧٠٨ مدنى بوجود دعوى مباشرة الموكل قبل نائب الوكيل ، وهذا ادعى لتقرير التضام دون التضامن ، فإن الموكل يستطيع أن يطالب كلا من الوكيل ونائبه بدعوى مباشرة بنفس الدين ، وهذا هو التضام كما سنرى . ثم إن الفقرة الثانية من المادة ٧٠٨ مدنى تقضى ، إذا رخص للوكيل في إقامة نائب عنه ، ألا يكون مسئولاً إلا عن خطأ في اختيار نائبه أو عن خطأ فيما أصدر له من تعليمات . فهل يكون ، إذا تحققت مسئوليته على هذا النحو ، متضاماً مع نائبه ؟ لم يصرح النص بالتضامن هنا كما صرح به في الفقرة الثانية ، وليست المسئولية في هذا الفرض ناشئة عن خطأ مشترك يوجب التضامن ، ومن ثم نرى أن المسئولية هنا تكون بالتضام لا بالتضامن .

(٢) استئناف مخطط ٢٢ مارس سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ١٨١ - ٤ أبريل سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٢١٨ - ١٧ يونيه سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٤٤٢ - ٧ ماي سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٤١٤ - ٢٩ أبريل سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٨٠ - ٣٠ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٤٥ . ويترب على ذلك أنه إذا وكل عدة أشخاص أحد المحامين في قضية مشتركة ، كانوا جميعاً متضامين في التزامهم بدفع الأتعاب المحامى (بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٨٧ - فقرة ١١٩٠ - بلانيول وريبير وجابول ٧ فقرة ١٠٦٧ ص ٤٢٣) — هذا والموكلاف متضامنون نحو الوكيل ، حتى لو كانت الوكالة بغير أجر (بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٨٦) .

أهميته . فوضع النص مبدأ عاما هو التضامن في المسؤولية التقصيرية ، بخلاف المسؤولية التعاقدية وجميع الالتزامات الناشئة عن العقد فقد رأينا أن التضامن فيها لا يفترض ، بل يجب لقيامه شرط أو نص في القانون (١) . بل إن افتراض التضامن في المسؤولية التقصيرية بموجب النص المتقدم الذكر أقوى من افتراضه في خصوص العقد إذا قام التضامن فيه على نص في القانون ، ذلك أن افتراضه في العقد بموجب نص لا يمنع من جواز الاتفاق على استبعاده ، إذ لا يعتبر

(١) أما في فرنسا فلا يوجد نص عام يقابل نص المادة ١٦٩ مدني مصري ، ولكن يوجد نص في التقنين الجنائي الفرنسي (م ٥٥) يقضي بالتضامن في الغرامة والرد والتعويض والمصروفات المحكوم بها على عدة أشخاص أدينوا في جريمة أو جنحة مشتركة . ولا بد من أن يكون المحكوم عليهم قد اشتركوا جميعاً في الجناية أو الجنحة التي حكم من أجلها ، ويقوم التضامن بينهم بحكم القانون دون حاجة للمكره في الحكم بالإدانة (بلانويول وريبير وجابولك ٧ فقرة ١٠٦٨ ص ٤٢٧ — ٤٢٩) . يضاف إلى ذلك أن هناك قاعدة تقليدية قديمة في القضاء الفرنسي تقضي بقيام التضامن بين الأشخاص الذين يشتركون في ارتكاب عمل غير مشروع ، سواء كان هذا العمل جريمة جنائية أو مجرد خطأ مدني . وتهبط جذور هذه القاعدة التقليدية إلى أغوار بعيدة من الماضي السحيق ، إذ يرجع عهدها إلى القانون الروماني في مبادئه الخاصة بالنش والإكراه . فقد كانت هذه المبادئ تقضي بأنه إذا اشترك عدة أشخاص في ارتكاب إحدى هاتين الجريمتين ، كان كل منهم مسئولاً عن تمويض كل الضرر الناجم عن هذا العمل ، إذ لا يخفف من مسئولية الشخص عن خطئه أن غيره أخطأ معه . ولكن إذا قام أحد الشركاء بتعويض الضرر برئت ذمة الآخرين من الالتزام بالتعويض ، إذ لم يعد هناك ضرر يستوجب أن يموض عنه . وانتقلت هذه القاعدة من القانون الروماني إلى القانون الفرنسي القديم ، وبقيت قاعدة من قواعد الثابتة (بوتيه في الالتزامات فقرة ٢٦٨) . وبالرغم من أن المادة ٥٥ من التقنين الجنائي الفرنسي لم تقم التضامن إلا في حالة الحكم على شركاء في جريمة أو جنحة ، فخرج من نطاقها الاشتراك في خطأ مدني بل والاشتراك في جريمة أو جنحة إذا لم يصدر حكم جنائي بالإدانة ، فإن القضاء الفرنسي بقى مع ذلك يعمم القاعدة التي انتقلت إليه من القانون الفرنسي القديم ، فيقضي بالتضامن في جميع الأحوال التي يشترك فيها عدة أشخاص في ارتكاب خطأ ، سواء كان هذا الخطأ جنائياً أو كان خطأ مدنياً تقصيرياً . ويقتصر القاعدة التي تقضي بأن التضامن لا يفترض على نطاق الالتزامات التعاقدية ، ويطلق النص القانوني الذي يعوزه لإقامة التضامن في المادة ٥٥ من التقنين الجنائي عن طريق القياس . وتنقل القضاء الفرنسي في تأصيل قاعدته — وهي تقضي بمسئولية أي من الشركاء في العمل غير المشروع عن تمويض كل الضرر — من فكرة الالتزام غير القابل للانقسام إلى فكرة التضامن ، ثم من فكرة التضامن إلى فكرة التضامن (انظر بلانويول وريبير وجابولك ٧ فقرة ١٠٦٩ — فقرة ١٠٧٠) — وانظر في انقسام الفقه الفرنسي في هذه المسألة بوهدي .

برارد ٢ فقرة ١٣٠١ — فقرة ١٣٠٢ .

التضامن هنا من النظام العام . فيجوز إذن أن يشترط في عقد المفاولة إلا يكون المهندس المعارى والمفاول متضامنين فى المسئولية ، وفى عقد الوكالة إلا يكون الوكلاء المتعددون أو الركيل ونائبه أو الموكلون المتعددون متضامنين فى المسئولية . أما التضامن فى المسئولية التقصيرية فهو من النظام العام ، ولا يجوز الاتفاق على ما يخالفه (١) .

وقد سبق أن عالجنا التضامن فى المسئولية التقصيرية (٢) ، فنجتزئ هنا بالإشارة إلى أنه حتى يقوم التضامن بين المسئولين المتعدين عن عمل غير مشروع يجب أن تتوافر شروط ثلاثة : (١) أن يكون كل واحد منهم قد ارتكب خطأ (٢) وأن يكون الخطأ الذى ارتكبه كل منهم سبباً فى إنداث الضرر (٣) وأن يكون الضرر الذى أحدثه كل منهم خطأ هو ذات انضرر الذى أحدثه الآخرون ، أى أن يكون الضرر الذى وقع منهم هو ضرر واحد (٤) . ولا يلزم بعد ذلك أن يكون هناك تواطؤ ما بين المسئولين ، أو أن ترتكب الأخطاء فى وقت واحد (٥) . ولا ضرورة لأن تكون الأخطاء عملاً واحداً أو جريمة واحدة (٥) ، فقد يكون أحدهما عمداً والآخر غير عمد . وقد تختلف جسامه الأخطاء فيقرن خطأ جسيم

(١) ديمولومب ٢٦ فقرة ٢٤٧ — فقرة ٢٤٨ — لوران ١٧ فقرة ٢٩٢ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١١٨٠ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٦٨ ص ٤٣٠ .

(٢) انظر الوسيط جزء أول فقرة ٦٢٠ : وقد ذكرنا بنوع خاص أن التضامن فى المسئولية التقصيرية كان مقرراً أيضاً بنص فى التقنين المدق السابق ، وأنه يقوم دون حاجة إلى ذكره فى الحكم (الوسيط جزء أول ص ٩٢٩ هامش رقم ٣) ، وأن المسئولية تضامنية فى القاذرين المصرى بخلاف القانون الفرنسى فهى مسئولية تضامية (الوسيط جزء أول ص ٩٢٠ هامش رقم ١) .

(٣) فإذا سرق أحد القصوص عجلة السيارة ، ثم جاء لص آخر فسرق بعض الآلات ، لم يكن اللصان متضامنين ، لأن كلا منهما أحدث بخطأه ضرراً غير الضرر الذى أحدثه الآخر (الوسيط جزء أول ص ٩٢٦) .

(٤) فإذا حاول لص سرقة منزل فقتب فيه نقباً ثم ذهب ليستحضر ما يستعين به على السرقة ، فأق لص آخر على غير اتفاق مع اللص الأول ودخل من النقب وسرق المنزل ، فإن اللصين يكونان مسئولين بالتضامن (الوسيط جزء أول ص ٩٢٦) .

(٥) فقد يكون أحد المخطئين سرقة والمخطأ الآخر إخفاء لأشياء مسروقة ، أو يكون الخطأ الأول جنائية قتل والمخطأ الآخر جنحة ضرب (انظر فى قضاء محكمة النقض فى هذه المسائل الوسيط جزء أول ص ٩٢٦ هامش رقم ٣) .

مخطأ يسر ، وقد تختلف طبيعة الأخطاء فيكون أحد الخطأين جنائياً ويكون الثاني مدنياً ، أو يكون أحدهما عملاً ويكون الآخر امتناعاً عن عمل (١) . وقد تكون الأخطاء كلها ثابتة أو مفترضة ، أو يكون بعضها ثابتاً وبعضها مفترضاً .

ومنى تعدد المسئولون عن عمل غير مشروع على هذا النحو ، كانوا جميعاً متضامنين في المسئولية ، فيستطيع المضرور أن يطالبهم جميعاً بالتعويض ، كما يستطيع أن يختار منهم من يشاء ويطلبه بالتعويض كاملاً . ويرجع من دفع التعويض على الباقي ، كل بقدر نصيبه حسب جسامة الخطأ الصادر منه (٢) . فان تعادلت الأخطاء في الجسامة ، أو لم يمكن تعيين مقدار الجسامة في كل خطأ ، كان نصيب كل منهم في التعويض مساوياً لنصيب الآخر ، وتكون المسئولية فيما بينهم بالتساوي (٣) .

ويلحق بالتضامن في المسئولية عن العمل غير المشروع تضامن المحكوم عليهم في الغرامات النسبية التي حكم عليهم بها ، وإن كانت الغرامة تختلف عن التعويض في أنها عقوبة ، ولكنها عقوبة مالية ، وفي هذه الصفة المالية وفي أنها جزء على عمل غير مشروع تتلاقى مع التعويض . وقد نصت المادة ٤٤ من تقنين العقوبات على أنه « إذا حكم على جملة متهمين بحكم واحد بجريمة واحدة ، فاعلين كانوا أو شركاء ، فالغرامات يحكم بها على كل منهم على انفراد ، خلافاً للغرامات النسبية فانهم يكونون متضامنين في الإلزام بها ، ما لم ينص الحكم على خلاف

(١) مثل ذلك أن يحمل الخادم فيترك باب المنزل مفتوحاً ، فيدخل اللص ويسرق المنزل . ففي هذه الحالة يكون اللص والخادم متضامنين على اختلاف ما بين الخطأين ، فأحدهما عمد والآخر غير عمد ، وأحدهما جنائي والآخر مدني ، وأحدهما عمل والآخر امتناع عن عمل (الوسيط جزء أول ص ٩٢٧) .

(٢) وقد يكون أحد المسئولين هو الذي يتحمل التعويض كله في النهاية ، كما إذا اختل أساس منزل الجار من جراء هدم جاره لمنزله وإعادة بنائه ، فلجار المضرور في هذه الحالة الرجوع على جاره والمقاول متضامنين بسبب العمل غير المشروع ، ثم يرجع الجار على المقاول إذا كان بينهما اتفاق على أن يتحمل المقاول المسئولية وحده (استئناف مخطوط ٣١ أكتوبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٩) .

(٣) استئناف مخطوط ٢٢ إبريل سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١٧٢ — على أن محكمة الاستئناف المختلة قد قضت في بعض أحكامها بأن المتبوع مسئول مع التابع مسئولية تضامية لا مسئولية تضامية (استئناف مخطوط ٢١ ديسمبر سنة ١٩٣٨ م ٥١ ص ٧٥) .

ذلك . والأصل في العقوبات أن تكون شخصية لا تضامن فيها ، والغرامة عقوبة وكان ينبغي أن تكون شخصية ، ولكن المشرع هنا خرج على هذا المبدأ العام فقارب بين الغرامة والتعويض ، وأجاز التضامن في الغرامة في حالة معينة هي أن تكون هذه الغرامة نسبية . والغرامة النسبية غرامة لا يعين المشرع مقداراً محدداً لها ، بل يجعلها تناسب ما حصل عليه الجاني من الجريمة التي ارتكبها ، وأكثر ما تكون عقوبة تكميلية . نصت المادة ١٠٨/١ عقوبات على أن « من رشا موظفاً والموظف الذي يرتشى ومن يتوسط بين الراشي والمرتشى يعاقبون بالسجن ، ويحكم على كل منهم بغرامة تساوي قيمة ما أعطى أو وعد به » . ونصت المادة ١١٢ عقوبات على أن « كل من تجارى من مأمورى التحصيل أو المتدوين له أو الأمانة على الودائع أو الصبارة المتوطنين بحساب نقود أو أمتعة على اختلاس أو إخفاء شيء من الأموال الأميرية أو الخصوصية التي في عهده ، أو من الأوراق الجارية مجرى النقود ، أو غيرها من الأوراق والسندات والعقود ، أو اختلس شيئاً من الأمتعة المسلمة إليه بسبب وظيفته ، يحكم عليه فضلاً عن رد ما اختلسه بدفع غرامة مساوية لقيمة ذلك ، ويعاقب بالسجن » . ومع ذلك قد تكون الغرامة النسبية عقوبة أصلية ، فقد نصت المادة ٢٠٤ عقوبات ، في حالة من يأخذ مسكوكات مزورة أو مغشوشة بصفة أنها جيدة ويتعامل بها ، على ما يأتي : « ومع ذلك من استعمل تلك المسكوكات بعد أن تحققت له عيوبها يجازى بدفع غرامة لا تتجاوز ستة أمثال المسكوكات المتعامل بها » . فإذا تعدد المحكوم عليهم في إحدى الجرائم المتقدمة الذكر ، كانوا جميعاً متضامنين في الغرامة المحكوم بها ، إلا إذا نص في حكم الإدانة على تقسيم الغرامة فيما بينهم دون تضامن . والنص على التقسيم جوازى للقاضى ، فان لم ينص عليه كان التضامن قائماً بين المحكوم عليهم بحكم القانون . إلا أنه يلاحظ في جريمة الرشوة أنه يتعين على القاضى أن يحكم على كل من المرتشى والراشى والوسيط بغرامة تساوى قيمة الرشوة ، فهنا التضامن إجبارى من جهة ، ومن جهة أخرى لا تنقسم الغرامة الواحدة على المحكوم عليهم بل كل منهم يدفع الغرامة كاملة ولا يرجع بشيء منها على أحد من شركائه .

١٧٢ — التزامات مرتبة مصدرها الإثراء بسبب : وتنص الفقرة

الثالثة من المادة ١٩٢ مدنى على ما يأتى : « وإذا تعدد الفضوليون فى القيام بعمل واحد ، كانوا متضامنين فى المسئولية » . وهذا التضامن نظير للتضامن الذى قرره المادة ١/٧٠٧ إذا تعدد الوكلاء فيها مر ، والفضولى أقرب ما يكون إلى الوكيل . وعلى الفضولى التزامات أربعة : المضى فى العمل الذى بدأ به ، وإخطار رب العمل بتدخله بمجرد أن يستطيع ذلك ، وبذل عناية الشخص المعتاد فى القيام بالعمل ، وتقديم حساب لرب العمل مع رد ما استولى عليه بسبب الفضالة . وأغلب هذه الالتزامات مصدرها القانون ، بناها على عمل مادى صدر من الفضولى (١) . ولكن يوجد بين هذه الالتزامات التزام — هو رد الفضولى لما استولى عليه بسبب الفضالة — يمكن القول بأن مصدره هو الإثراء بلا سبب . ففى هذا الالتزام لو تعدد الفضولى يقوم التضامن بين الفضوليين المتعديدين بموجب النص المتقدم الذكر . وفى الالتزامات الأخرى التى مصدرها القانون يقوم التضامن بين الفضوليين المتعديدين بموجب النص نفسه (٢) ، وهذه أمثلة على الالتزامات المدنية التى مصدرها القانون تضاف إلى أمثلة أخرى سنوردها فيما يلى .

وتنص المادة ٧٩٥ مدنى على أنه « فى الكفالة القضائية أو القانونية يكون الكفلاء دائماً متضامنين » . والكفالة القانونية هى ما ينص القانون على وجوب تقديمها ، ومن ذلك ما نصت عليه المادة ٤٦٧ من تقنين المرافعات من أن « التنفيذ المعجل واجب بقوة القانون للأحكام الصادرة فى المواد التجارية ، سواء أكانت قابلة للمعارضة أم للاستئناف أم طعن فيها بهاتين الطريقتين وذلك بشرط تقديم كفالة » . والكفالة القضائية هى ما يجعل القانون للقاضى جواز أن يحكم بها ، ومن ذلك ما نصت عليه المادة ٤٧٠ من تقنين المرافعات من أنه « يجوز الأمر بالتنفيذ المعجل ، بكفالة أو بدونها ، سواء أكان الحكم قابلاً للمعارضة أم للاستئناف

(١) انظر الوسيط جزء أول فقرة ٨٧٧ .

(٢) ويلاحظ أن القانون لم ينص على تضامن أرباب العمل إذا تعددوا كما نص على تضامن الموكلين عند التعدد فى المادة ٧١٢ مدنى . والسبب فى ذلك أن الموكلين قد يجمعهم عقد واحد فالتضامن بينهم مستغنى ، أما أرباب العمل فلم يجمعهم رابطة إلا محل الفضول نفسه فقل أن توجد بينهم رابطة تسوغ قيام التضامن (الوسيط جزء أول فقرة ٨٩٧ ص ١٢٦٩) .

أم طعن فيه بهاتين الطريقتين ، في الأحوال الآتية : (١) إذا كان الحكم مبنيًا على سند عرقي لم يمجده المحكوم عليه (٢) إذا كان الحكم صادرًا في دعاوى الحيازة (٣) إذا كان الحكم صادرًا لمصلحة طالب التنفيذ في منازعة متعلقة به .
فالمادة ٧٩٥ مدني سألقة الذكر ، في كل من الكفالة القانونية والكفالة القضائية ، نصت على تضامن الكفيل مع المكفول (أى طالب التنفيذ) وعلى تضامن الكفلاء فيما بينهم إذا تعددوا . وظاهر أن مصدر الالتزام بتقديم الكفيل ، قانونيا كان أو قضائيا ، هو القانون . أما مصدر التزام الكفيل نفسه فهو عقد كفالة بينه وبين المكفول له أى الخصم المحكوم عليه لصالح الخصم طالب التنفيذ .
وأما ما تضامن فيه الكفيل مع المكفول ومع الكفلاء الآخرين إذا تعددوا فهو التزام برد ما استولى عليه المكفول عن طريق الحكم المشمول بالنفاذ المعجل فيما إذا ألغى هذا الحكم ، ومصدر هذا الالتزام هو الإثراء بلا سبب .

١٧٣ — التزامات مرتبة مصدرها القانون : نضيف إلى التزامات

القبضى التي مصدرها القانون فيما قدمناه التزام المحكوم عليهم بمصروفات الدعوى . فقد نصت المادة ٣٥٧ من تقنين المرافعات على أن « يحكم بمصاريف الدعوى على الخصم المحكوم عليه فيها ، ويدخل في هذه المصاريف مقابل أتعاب المحاماة . وإذا تعدد المحكوم عليهم ، جاز الحكم بقسمة المصاريف بينهم بالسوية أو بنسبة مصلحة كل منهم في الدعوى على حسب ما تقرره المحكمة ، ولا يلزمون بالتضامن في المصاريف إلا إذا كانوا متضامنين في أصل التزامهم المقضى به » .
فهنا التزم المحكوم عليهم بمصروفات الدعوى بموجب نص في القانون هو النص الذى ذكرناه ، وقد أوجب هذا النص ذاته تضامن المحكوم عليهم بالمصروفات إذا تعددوا في حالة واحدة هي أن يكونوا متضامنين في أصل التزامهم المقضى به ، ففى كانوا متضامنين في هذا الالتزام كانوا أيضاً متضامنين في مصروفات الدعوى التي قضى فيها عليهم بوفاء التزامهم (١) . وفى غير هذه

(١) وقد قضت محكمة النقض ، بأن المادة ٢٣٣ من تقنين المرافعات القديم (م ٢٤٨ جديد) إذ نصت على أن تقدير أجر الخبير يكون نافذاً على الخصم الذى طلب تعيين أهل الخبرة ، ومن بعد صدور الحكم في الدعوى يكون نافذاً أيضاً على من حكم عليه بالمصروفات ، فلها لا تلزم —

الحالة تنقسم المصروفات عليهم دون تضامن ، كل بنسبة مصلحته في الدعوى حسب تقدير المحكمة أو بالتساوى فيما بينهم (١).

١٧٤ - التزامات تجارية وعمرية : وهناك التزامات نص فيها التقنين

التجاري والتقنين البحري على قيام التضامن بين المدينين .

ففي الشركات نصت المادة ٢٢ من التقنين التجاري على أن « الشركاء في شركة التضامن متضامنون لجميع تعهداتها ، ولو لم يحصل وضع الإمضاء عليها إلا من أحدهم ، إنما يشترط أن يكون هذا الإمضاء بعنوان الشركة » . فهنا نص القانون على أن الشركاء في شركة التضامن مسئولون بالتضامن في أموالهم الشخصية عن جميع التزامات الشركة (٢) . ونصت المادة ٢٣ تجاري على أن « شركة التوصية هي الشركة التي تعقد بين شريك واحد أو أكثر مسئولين

= المحكوم له في الدعوى بأتماب الخير بالتضامن مع المحكوم عليه بالمصروفات (نقض مدني ٢٤ فبراير سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٠١ ص ٢٦٥) . ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف المختلة بأن الخصم الذي طلب تعيين الخير والخصم المحكوم عليه بأتماب الخير يكونان متضامنين (استئناف مختلط ٦ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٥٩) .

وفي فرنسا يقوم التضامن في المصروفات في الجناية طبقاً للمادة ٥٥ من التقنين الجنائي الفرنسي ، أما في المواد المدنية فلا يقوم التضامن في المصروفات إلا إذا حكم بها جميعاً على كل من المحكوم عليهم كجزء من التعويض (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٧٣) .

(١) ويوجد مثل آخر للتضامن في التزام قانوني ، فقد نصت المادة ٥٩ من قانون رقم ١٤ سنة ١٩٣٩ (الخاص بضريبة إيرادات رؤوس الأموال المنقولة والأرباح التجارية والصناعية وكسب العمل) على أنه « يجب عند التنازل عن كل أو بعض المنشآت تبليغ مصلحة الضرائب عن هذا التنازل في مدى ستين يوماً من تاريخ حصوله ، ويكون كل من التنازل والتنازل له مسئولاً بالتضامن عما يستحق من ضرائب على المنشأة التنازل عنها إلى تاريخ التنازل » (انظر الأستاذ عبد الحى حجازي ١ ص ٢٢٨) .

(٢) وهناك من يذهب إلى أن دائن الشركة يرجع بجميع حقه على الشركة أو على أى من الشركاء في ماله الخاص ، فالشركة والشركاء متضامنون جميعاً في ديون الشركة . وهناك من يذهب إلى أن الدائن لا يرجع على أى من الشركاء في ماله الخاص قبل أن يحصل على حكم بالدين على الشركة ذاتها ، وهذا الحكم يمكن تنفيذه على أموال الشركة وعلى أموال كل من الشركاء . وهناك أخيراً من يذهب إلى أن الدائن لا يستطيع الرجوع على أحد من الشركاء قبل الرجوع على الشركة ذاتها أو في القليل قبل إغذارها ، إذ الشركاء متضامنون فيما بينهم ولكنهم غير متضامين مع الشركة بل يتجربون في حكم الكفلاء لها .

ومتضامنين وبين شريك واحد أو أكثر يكونون أصحاب أموال فيها وخارجين عن الإدارة ويسمون موصين . ونصت المادة ٢٩ تجارى على أنه « إذا أذن أحد الشركاء الموصين بدخول اسمه فى عنوان الشركة ، خلافاً لما هو منصوص عليه فى المادة ٢٦ ، فيكون ملزوماً على وجه التضامن بجميع ديون وتعهدات الشركة . » فى شركة التوصية إذن يوجد شركاء مسئولون بالتضامن عن جميع ديون الشركة ، ويدخل فى هؤلاء الشركاء الموصون إذا أذنوا بدخول أسمائهم فى عنوان الشركة . وتضيف المادة ٣٠ تجارى حالة أخرى يكون فيها الشركاء الموصون مسئولين بالتضامن عن ديون الشركة فتقول : « وكذلك إذا عمل أى واحد من الشركاء الموصين عملاً متعلقاً بإدارة الشركة يكون ملزوماً على وجه التضامن بديون الشركة وتعهداتها التى تنتج من العمل الذى أجراه . ويجوز أن يلزم الشريك المذكور على وجه التضامن بجميع تعهدات الشركة أو بعضها على حسب عدد وجسامه أعماله ، وعلى حسب ائتمان الغير له بسبب تلك الأعمال . » ونصت المادة ٥٧ تجارى على أن « يلزم إعلان المشاركة الابتدائية لشركة المساهمة ونظامها والأمر المرخص بإيجادها ، ويكون إعلان ذلك بتعليقه فى المحكمة الابتدائية مدة الوقت المعين آنفاً ونشره فى إحدى الجرائد . وإن لم يحصل ذلك ألزم مديرو الشركة بديونها على وجه التضامن ، ووجب عليهم التعويضات أيضاً . » فهذه حالة نص فيها القانون على تضامن مديرى الشركة المساهمة فى المسئولية عن ديونها إذا وقع منهم قصصير فى واجبه من إعلان عقد الشركة ونظامها والأمر المرخص بإيجادها . هذا ويلاحظ أن الشركة المدنية لاتضامن بين الشركاء فيها فيما يلزم كلا منهم من ديون الشركة ، ما لم يتفق على خلاف ذلك (م ١/٥٢٤ مدنى) .

وفى الكيالات تنص المادة ١١٧ من التقنين التجارى (١) على ما يأتى : صاحب الكميالة والمحيلون المتناقلون لها يكونون مسئولين على وجه التضامن عن القبول والدفع فى ميعاد الاستحقاق . فهذا نص فى القانون يقيم التضامن بين صاحب الكميالة والمحيلين المتعاقبين لها فى مسئوليتهم عن قبول المسحوب عليه للكميالة

(١) وانظر أيضاً المادة ١٨٩ تجارى بالنسبة إلى السندات تحت الإذن أو التى لحلتها .

وعن دفعه إياها في ميعاد الاستحقاق . فإذا لم يقبل المسحوب عليه الكيالة ، وأعلن بروتستو عدم القبول رسمياً ، « وجب — كما تقول المادة ١١٩ تجارى — على المهلين المتناقلين والساحب على وجه التعاقب أن يقدموا كفيلاً ضامناً لدفع قيمة الكيالة في الميعاد المستحق فيه الدفع ، أو يدفعوا قيمتها مع مصاريف البروتستو ومصاريف الرجوع ، ولا يكون الكفيل متضامناً إلا مع من كفله سواء كان الساحب أو المهيل . ثم إن المادة ١٣٧ تجارى تنص أيضاً على أن « صاحب الكيالة وقابلها ومهيلها ملزمون لحاملها بالوفاء على وجه التضامن (١) » وفي الإفلاس نصت المادة ٢٥٤ تجارى على أن وكلاء الدائنين (أى السنديك إذا تعدد) متضامنون فيما يتعلق بأجراءات إدارتهم .

وفي بيع السفينة نصت المادة ١/٢٣ من التقنين البحرى على أنه « يجب على الرامى عليه مزاد السفينة من أية حولة كانت أن يدفع في ظرف أربع وعشرين ساعة من وقت مرسى المزاد ثلث الثمن الذى رسا به المزاد عليه أو يسلمه إلى صنوق المحكمة ، ويؤدى كفيلاً معتمداً بالثلثين يكون له محل بالقطر المصرى ويضع إمضاءه مع المكفول على السند ، ويكونان ملزمين على وجه التضامن بدفع الثلثين المذكورين في ميعاد أحد عشر يوماً من يوم مرسى المزاد (٢) . »

(١) انظر أيضاً المادة ١٣٩ تجارى وتجمل الضامن ضماناً احتياطياً (avale) مسئولاً على وجه التضامن .

(٢) هذا وقد وردت نصوص أخرى تقم التضامن بين المدينين المتعديدين في مسائل متفرقة ، كالنصوص التى وردت في خصوص الخسارة البحرية ، وفى بيع المحل التجارى ، وفى قانون العمل الفردى ، وفى قانون إصابات العمل .

وورقة المدين لا يكونون متضامين في القانون الفرنسى ، بل ينقسم الدين عليهم ، أما في القانون الألمانى فهم متضامنون (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٠٠) . وفى مصر ، وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية ، تكون الشركة مسئولة عن جميع الديون ، بل لا شركة إلا بعد سداد الدين ، ومن ثم يبنى كل جزء من الشركة مسئولاً عن كل الدين . إلا أنه إذا خضعت الشركة لإجراءات التصفية المنصوص عليها في المواد ٨٧٦ — ٩١٣ مدنى ، تولت المحكمة توزيع الديون المؤجلة على الورقة مع ترتيب تأييدات كافية ورد ذكرها في المادة ٨٩٥ من التقنين المدنى .

المطلب الثالث

وحدة الحل وتعدد الروابط — الالتزام التضامني (Obligation in solidum)

١٧٥- وحدة الحل وتعدد الروابط : والتضامن بين المدينين ،

كالتضامن بين الدائنين ، يجعل الالتزام متعدد الروابط ولكنه موحد الحل ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك (١) .

فتعدد المدينين من شأنه أن يجعل الروابط متعددة ، فالدائن يرتبط بكل مدين بموجب رابطة مستقلة عن الروابط التي تربطه بالمدينين الآخرين . ومظاهر التعدد في روابط المدينين بالدائن في التضامن السلي هي نفس مظاهرها في روابط الدائنين بالمدين في التضامن الإيجابي ، على ما مر . ويرتب على ذلك :

(١) يجوز أن تكون إحدى هذه الروابط موصوفة والأخرى بسيطة ، كما يجوز أن يلحق إحدى الروابط وصف ويلحق رابطة أخرى وصف آخر . ومن ثم يصح أن يكون أحد المدينين المتضامنين مديناً تحت شرط ، والآخر التزامه منجز أو مضاف إلى أجل . فلا يطالب الدائن المدين تحت شرط إلا عند تحقق الشرط ، ولا المدين المؤجل دينه إلا عند حلول الأجل ، ويطالب فوراً من كان دينه منجزاً . وإلى هذا تشير الفقرة الأولى من المادة ٢٨٥ مدني إذ تقول : « يجوز للدائن مطالبة المدينين المتضامنين بالدين مجتمعين أو منفودين ، ويراعى في ذلك ما يلحق رابطة كل مدين من وصف يعدل من أثر الدين » . ويجوز أيضاً ، على هذا النحو ، أن يكون مكان الأداء لأحد المدينين غير مكان الأداء للمدينين الآخرين (٢) .

(١) انظر آنفاً فقرة ١٢٨ — وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد : « ويناط تفسير القواعد الخاصة بالتضامن السلي والإيجابي على حد سواء بفكرتين استنبطهما الفقه ، هما فكرة وحدة الدين وفكرة تعدد الروابط . فلكل مدين متضامن أن يوفى الدين بأسره ويكون وفاءه هذا مبرراً لنزعة الباقين . وعلى هذا النحو لا يكون من حق الدائن أن يطالب بالوفاء بكل الدين فحسب ، بل ويكون من واجبه كذلك أن يقبل أدائه ، وقد تقدمت الإشارة إلى ذلك في التضامن الإيجابي » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٦٦) .

(٢) بلانيول وريبير وجابول ٧ فقرة ١٠٧٦ ص ٤٤٥ .

(٢) ويجوز أن يشوب إحدى الروابط عيب في الإرادة أو نقص في الأهلية وتكون الروابط الأخرى غير مشوبة بشيء من ذلك ، كما يجوز أن تكون إحدى الروابط باطلة والروابط الأخرى صحيحة : أو يكون بعضها باطلا وبعضها قابلا للإبطال وبعضها صحيحاً . فكل رابطة من الروابط المتعددة تستقل بعبوبها . ثم إن بعض الروابط قد يكون قابلاً للفسخ ، وبعض آخر لا يقبل الفسخ .

(٣) ويجوز أخيراً أن تنقضي إحدى الروابط دون أن تنقضي الروابط الأخرى . وسنرى ذلك في أسباب انقضاء الالتزام بغير الوفاء : فتنتضي إحدى الروابط بالمقاصة مثلاً مع بقاء الروابط الأخرى قائمة .

ولكن لما كان المدينون جميعاً متضامنين في دين واحد ، فانه بالرغم من تعدد روابطهم مع الدائن يكون الالتزام موحدًا مغل ، فالروابط متعددة والمحل واحد . ووحدة المحل هذه هي التي تحتفظ للالتزام بوحدة رغم تعدد المدينين ، وإلا لانقسم الدين على هؤلاء المدينين ولكان التزامات متعددة الأطراف (obligation conjointe) من ناحية المدين كما سبق القول . وتعدد الروابط ووحدة المحل في التضامن السليبي هما ، كما في التضامن الإيجابي ، المحور الذي تدور عليه جميع أحكام التضامن كما سنرى .

١٧٦ — الالتزام التضامني^(١) (obligation in solidum) : وإذا

كان الالتزام التضامني obligation solidaire متعدد الروابط ولكن بموحد المحل ، فانه أيضاً موحد المصدر . فإذا كان التضامن مصدره الاتفاق ، فإن الالتزام التضامني الذي يجمع ما بين المدينين المتضامنين هو التزام محله واحد وهو الدين ، ومصدره واحد وهو العقد . وإذا كان التضامن مصدره نص في القانون ، كما في التزام الوكلاء المتعديين أو الالتزام عن عمل غير مشروع ، فإن مصدر الالتزام التضامني هو عقد وكالة واحد أو عمل غير مشروع صدر من أشخاص

(١) سيناه في الجزء الأول من الوسيط « المسئولية المجتمعة » ، ونؤثر الآن أن نسميه « الالتزام التضامني » (obligation in solidum) لتقابل به « الالتزام التضامني » (obligation solidaire) .

متعدين فأحدث ضرراً واحداً (١) .

ولكن قد يتعدد مصدر الالتزام مع بقاء محله واحداً . مثل ذلك ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ٧٩٢ مدني من أنه « إذا كان الكفلاء قد التزموا بعقود متوالية ، فإن كل واحد منهم يكون مسئولاً عن الدين كله ، إلا إذا كان قد احتفظ لنفسه بحق التقسيم » . فهنا وجد كفلاء متعددون ، وكل منهم قد التزم في عقد مستقل بكفالة دين واحد ، فالروابط التي تربط الكفلاء المتعدين بالدائن روابط متعددة إذ كل كفيل منهم تربطه بالدائن رابطة مستقلة ، ومصدر التزام كل كفيل هو أيضاً متعدد إذ التزم الكفلاء بعقود متوالية ، ولكن الدين الذي التزم كل بأدائه هو دين واحد : الروابط إذن متعددة ، والمصدر متعدد ، والمحل واحد . فلا يكون هؤلاء الكفلاء ملتزمين بطريق التضامن ، لأن التضامن يقتضي أن يكون المصدر واحداً لا متعدداً كما قلنا . ولكن لما كان كل منهم ملتزماً بنفس الدين ، فقد تضامنت ذممهم جميعاً في هذا الدين الواحد دون أن تتضامن ، فالالتزام يكون التواماً تضامياً (obligation in solidum) لا التزاماً تضامياً (obligation solidaire) (٢) .

(١) وقد رأينا فيما يتعلق بالعمل غير المشروع أنه قد يمتد الخطأ ، ولكن مادام الضرر يجب أن يكون واحداً ، والضرر هو أحد أركان المسؤولية التقصيرية ، فوحدة الضرر قد تغلب على تعدد الخطأ ، فيتوحد المصدر وتكون المسؤولية تضامنية إذا وجد نص في القانون يقضي بالتضامن : كما فعل التقنين المدني المصري (م ١٦٩) . وقد يتطلب تعدد الخطأ على وحدة الضرر فيتعدد المصدر وتكون المسؤولية تضامية مادام لا يوجد نص في القانون يقضي بالتضامن ، كما هي الحال في القانون الفرنسي .

(٢) بدأ الفقه في فرنسا بالتمييز بين التضامن الكامل (solidarité parfaite) والتضامن الناقص (solidarité imparfaite) ، وانقسم الفقهاء في تحديد فيصل التفرقة بين هذين النوعين من التضامن بين رأيين : (١) رأى قال به مورلون (Mourlon) ، إذ ذهب إلى أن التضامن يكون كاملاً إذا وجدت بين المدينين التضامنين مصلحة مشتركة بحيث يمكن أن يمثل كل منهم الآخرين . أما إذا كان المدينون التضامنون لا توجد بينهم مصلحة مشتركة ولا يعرف بعضهم بعضاً ولا يمكن القول بأن كلا منهم يمثل الآخرين ، فالتضامن في هذه الحالة يكون ناقصاً (مورلون ٢ فقرة ١٢٦٠) . (٢) ورأى قال به أوربى ورو ، إذ ذهبوا إلى أن هناك نصوصاً تقم التضامن مباشرة بين المدينين وهذا هو التضامن الكامل ، وهناك نصوص تقتصر على أن تجعل للدائن الحق في أن يطالب مدينين متعددين بدين واحد وهذا هو التضامن الناقص (أوربى ورو ٤ فقرة ٢٩٨ مكررة ثالثاً ص ٣١ — ص ٣٥ وتعليق بارتان في هامش رقم ٦) .

والذى يميز الالتزام التضامى عن الالتزام التضامى أن المدينين المتضامين فى الالتزام الأول لا تجمعهم وحدة المصلحة المشتركة كما تجمع المدينين المتضامين فى الالتزام الثانى . ذلك أن التضامن يقتضى كما قدمنا وحدة المصدر ، ووحدة المصدر هذه هى التى تفترض وجود المصلحة المشتركة بين المدينين المتضامين . أما فى الالتزام التضامى فالمصدر متعدد ، فلا محل إذن لافتراض وجود مصلحة مشتركة بين المدينين المتضامين . وفى المثل المتقدم التزم كل كفيل بعقد مستقل ، فلم تكن هناك مصلحة مشتركة ما بين هؤلاء الكفلاء المتعددین ، وإنما يجمعهم كلهم دين واحد ، فكل منهم ملزم بأدائه .

ولهذا التمييز أهمية كبيرة فى تعيين الآثار التى ترتب على التضامن فى الالتزام وتلك التى ترتب على التضامن فيه . أما الآثار التى ترتب على التضامن فتقتصر على ما تقتضيه طبيعة الموقف ، إذ كل من المدينين مدين بنفس الدين وبكل الدين . فترتب على ذلك بداهة أن الدائن يستطيع أن يطالب أى مدين منهم بكل الدين ، وإذا هو استوفاه من أحدهم برئت ذمة الآخرين . كذلك يستطيع أى مدين منهم أن يوفى الدائن كل الدين ، فتبرأ بذلك ذمة الآخرين . أما فيما

= ولكن ما لبث الفقه الفرنسى أن هجر هذا التمييز بين تضامن كامل وتضامن ناقص . لئلا يوجد إلا نوع واحد من التضامن هو التضامن الكامل . أما ما يسمى بالتضامن الناقص فليس نوعاً آخر من التضامن ، بل هو نظام قانونى مستقل كل الاستقلال عن نظام التضامن (solidarité) ، ويمكن تسميته بنظام التضامن (in solidum) . ونظام التضامن يقوم على الاتفاق أو نص القانون . أما نظام التضامن فيقوم على طبيعة الأشياء ، حيث يجعل القانون مدينين متعددين مسئولين عن دين واحد نحو دائن واحد ، فيكون هؤلاء المدينون متضامين فى هذا الدين دون أن يكون هناك تضامن بينهم . وليس الالتزام التضامى هو فى الأصل الزام تضامى نزل درجة بعد أن استبدت منه فكرة النيابة التبادلية ، بل إن للالتزام التضامى منطقة خاصة به وللالتزام التضامى منطقة أخرى لا تتلاقى مع المنطقة الأولى . والنظامان مستقلان أحدهما عن الآخر ، وليس الثانى مشتقاً من الأول . وإذا كانت المصلحة المشتركة بين المدينين المتعددین متعمدة فى نظام التضامن ، فذلك راجع إلى أنه لا توجد رابطة تربط ما بين هؤلاء المدينين ، وكل ما يجمع بينهم أن كلا منهم مسئول عن نفس الدين نحو نفس الدائن (انظر بودرى وبارد ٢ فقرة ١٣٩٦ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٨٩ — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٨٤٧ وما بعدها — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٨٨٤ — جوران ٢ فقرة ٧٧١) . ويشور دى باج على فكرة الالتزام التضامى . ثورة عيفة (انظر دى باج ٣ فقرة ٢٣٠) ، بينما يدافع عنها دريدا (Derrida) دفاعاً قوياً (انظر أنسكيلويدى دالوز ٥ لفظ solidarité فقرة ١٣١ — فقرة ١٥٧) .

يتعلق برجوع المدينين المتضامين بعضهم على بعض ، فهذا يتوقف على ما بينهم من علاقة . فالكفلاء الذين كفلوا مديناً واحداً بعقود متوالية ، إذا وفى أحدهم الدين كله للدائن برئت ذمة الكفلاء الآخرين من هذا الدين نحو الدائن ، ولكن يجوز للكفيل الذى دفع الدين أن يرجع بدعوى الحلول عليهم ليطالب كلا منهم بحصته فى الدين ، كما يجوز له أن يرجع بكل الدين على المدين الأصلي . أما إذا وفى المدين الدين لدائته فانه لا يرجع على أحد من الكفلاء ، لأنه إنما دفع دين نفسه .

والآثار التى ترتب على التضامن فى الالتزام ، حيث يفترض وجود المصلحة المشتركة ما بين المدينين المتضامين ، أبعد مدى من ذلك . فبرى أن أى مدين متضامن تمكن مطالبته بكل الدين ، وإذا وفاه برئت ذمة الآخرين ، ويكون له فى الغالب حق الرجوع عليهم كل بقدر نصيبه . ولا يقتصر الأمر على ذلك ، إذ أن هناك مصلحة مشتركة ما بين المدينين المتضامين كما قلنا ، وهذه المصلحة هى التى تبرر مبدأ أساسياً فى التضامن يقضى بأن كل مدين متضامن يمثل الآخرين فيما ينفعهم لا فيما يضرهم ، ولولا وجود هذه المصلحة المشتركة لما كان هناك محل لتمثيل المدينين الآخرين لا فيما يضر ولا فيما ينفع .

ومن أجل ذلك لا يقوم هذا التمثيل فى الالتزام التضامى حتى فيما ينفع ، إذ لا توجد مصلحة مشتركة ما بين المدينين المتضامين . فإذا أعذر أحد الكفلاء المتوالتين الدائن ، لم يكن الدائن معذراً بالنسبة إلى الكفلاء الآخرين . وإذا صدر حكم لمصلحة أحد هؤلاء الكفلاء لم يستفد منه الباقون . وقل مثل ذلك فى سائر الآثار التى تدعى بالآثار الثانوية (effets secondaires) للتضامن ، والتى سيأتى بيانها تفصيلاً فيما يلى (١) :

١٧٧ — أمثلة لالتزام التضامى فى القانون المصرى : وقد

أوردنا مثالا واحداً للالتزام التضامى ، هو التزام الكفلاء المتعدين بعقود متوالية ، ونعزّر هذا المثال بأمثلة أخرى :

(١) استئناف وطنى ١٩ أكتوبر سنة ١٨٩٧ القضاء ٥ من ١٣ .

(١) إذا كان الدائن بالنفقة الواجبة قانوناً يستطيع أن يطالب بها مدينين متعددين ، بأن تكون النفقة واجبة قانوناً على كل منهم ، استطاع مستحق النفقة أن يرجع بها على أيهم ، ويكون الجميع مدينين متضامين ، لأنهم جميعاً مسئولون عن دين واحد . فالحل واحد ، ولكن الروابط متعددة ، وكذلك المصدر متعدد إذ كل من هؤلاء المدينين تربطه بالدائن رابطة من القرابة تختلف عن رابطة القرابة التي تربط الدائن بالآخرين وهذه الرابطة هي مصدر التزامه بدين النفقة .

(٢) قد يكون اثنان مسئولين عن دين واحد بموجب مصدرين مختلفين ، بأن يكون أحدهما مسئولاً بموجب عقد ويكون الآخر مسئولاً بمقتضى القانون . مثل ذلك ما نصت عليه المادة ٣٠ من التقنين البحري من أن « كل مالك لسفينة مسئول مدنياً عن أعمال قبوداتها ، بمعنى أنه ملزم بدفع الخسارة الناشئة عن أى عمل من أعمال القبودان وبوفاء ما التزم به القبودان المذكور فيما يختص بالسفينة وتفسيرها » . فقد قرر هذا النص مسئولية مالك السفينة عن أعمال القبودان غير المشروعة وعن التزاماته التعاقدية فيما يختص بالسفينة وتفسيرها . أما مسئولية مالك السفينة عن أعمال القبودان غير المشروعة فهذه مسئولية المتبوع عن التابع في نطاق المسئولية التقصيرية ، ولذلك يكون الاثنان متضامين في هذه المسئولية عن العمل غير المشروع وفقاً لأحكام المادة ١٦٩ مدني ، ويكون هذا مثلاً للتضامن في الالتزام لا للتضامن فيه . ولكن مسئولية مالك السفينة عما يرمه القبودان من عقود خاصة بالسفينة وتفسيرها ، فهذه مسئولية تضامية لا تضامية ، لأن التضامن في المسئولية العقدية لا بد فيه من نص القانون ، والنص هنا مقصور على جعل مالك السفينة مسئولاً عن وفاء ما التزم به القبودان ولم يصرح بقيام التضامن بينهما ، أى أنه اقتصر على جعل كل من المالك والقبودان مسئولاً عن نفس الدين وهذا هو التضامن .

(٣) كذلك يقوم الالتزام التضامني في المسئولية العقدية عن الغير . وتحقق هذه المسئولية إذا استخدم المدين بعقد شخصاً غيره في تنفيذ التزامه العقدى ، فيكون مسئولاً مسئولية عقدية عن خطأ هذا الشخص في تنفيذ العقد (١) .

(١) انظر في المسئولية العقدية عن الغير الوسيط الجزء الأول فقرة ٤٣١ — فقرة ٤٣٣ .
(١٩٤ — الوسيط)

فالمؤجر مسئول عن تنفيذ التزاماته العقدية الناشئة عن عقد الإيجار نحو المستأجر ، وقد يعمد إلى بواب بتنفيذ بعض من هذه الالتزامات . فإذا قصر البواب في تنفيذها ، بأن أهمل مثلاً فتسبب عن إهماله أن سُرق المستأجر ، أو أضاع المراسلات الموجهة إلى هذا المستأجر ، كان هذا خطأ يستوجب مسؤولية البواب . ولما كان المؤجر مسئولاً هو أيضاً عن هذا الخطأ مسؤولية عقدية ، فالالتزام بتعويض المستأجر في هذه الحالة واجب على البواب بخطأه ، ثم إن نفس الالتزام واجب أيضاً على المؤجر بمقتضى مسؤوليته عن البواب . فهذا التزام واحد ، له مدينان . ولا يمكن القول بأنهما متضامنان ، فالتضامن مع المؤجر في مسؤوليته العقدية لا بد فيه من نص . ولكن مميزات الالتزام التضامني قد توافرت هنا : عمل واحد وروابط متعددة ومصادر متعددة . فدين التعويض محله واحد بالنسبة إلى كل من المؤجر والبواب . وهناك رابطتان مختلفتان ، إحداهما تربط المستأجر بالمؤجر ، والأخرى تربط المستأجر بالبواب . ومصدر التزام البواب خطأه التقصيري ، أما مصدر التزام المؤجر فمسؤوليته العقدية عن الغير (١) .

(٤) في المثليين المتقدمين رأينا أن شخصين يلتزمان بدين واحد بموجب مصدرين مختلفين . فإليك السقينة مسئول عن تنفيذ العقد الذي

(١) وقد بينا عند الكلام في المسؤولية العقدية عن الغير في الجزء الأول من الوسيط أن هذه المسؤولية قد تتحقق إذا استخدم المدين أشخاصاً غيره في تنفيذ التزامه العقدى ، فيكون مسئولاً مسؤولية عقدية عن خطأ هؤلاء الأشخاص الذى أضر بالدائن في الالتزام العقدى . فيوجد إذن المسئول وهو المدين في الالتزام العقدى ، والمضروب وهو الدائن في الالتزام ، والغير وهم الذين استخدمهم المدين في تنفيذ التزامه . وتقوم المسؤولية العقدية عن الغير حيث يوجد عقد صحيح بين المسئول والمضروب وحيث يكون الغير مكلفاً بتنفيذ هذا العقد . فالمؤجر مسئول عن البواب قبل المتأجر : المسئول هنا هو المؤجر ، والمضروب هو المستأجر ، وقد قام بينهما عقد صحيح هو عقد الإيجار ، والغير المكلف بتنفيذ هذا العقد من قبل المسئول هو البواب . ويتبين من ذلك أن هناك حدين لنطاق المسؤولية العقدية عن الغير : الحد الأول أن يكون هناك بين المسئول والمضروب عقد صحيح ، والحد الثانى أن يكون الغير مهوداً إليه في تنفيذ هذا العقد . ويجب أن يكون الغير قد أحدث الضرر في حال تنفيذ العقد أو بسبب تنفيذ . فيكون الغير مسئولاً عن تعويض هذا الضرر مسؤولية تقصيرية إذ لا عقد يربطه بالمضروب ، أما المرتبط بالعقد فيسأل نحو المضروب مسؤولية عقدية عن الغير ، ويكون الاثنان مسئولين عن دين واحد هو التعويض دون أن يكونا متضامنين في هذا الدين (انظر الوسيط الجزء الأول فقرة ٤٣١ وفقرة ٤٣٢) .

أبرمه. القبودان ، وهنا التابع - أى القبودان - هو الذى أبرم العقد ، فيصبح المتبوع مسئولاً عن تنفيذه . والمؤجر مسئول عن خطأ البواب فى تنفيذ عقد الإيجار ، وهنا - على خلاف الحالة الأولى - المتبوع هو الذى أبرم العقد والتابع هو الذى ينفذه . ويمكن أن نتصور حالة ثالثة يكون فيها الشخصان مستقلين أحدهما عن الآخر ، فلا تابع ولا متبوع ، ويكونان مسئولين عن دين واحد بموجب مصدرين مختلفين ، وليكن هذان المصدران خطأين أحدهما عقدي والآخر تقصيرى . « فإذا تعاقد عامل فى مع صاحب مصنع - كما كتبنا فى الجزء الأول من الوسيط - أن يعمل فى مصنعه مدة معينة ، وأخل بتعهدة فخرج قبل انقضاء المدة ليعمل فى مصنع آخر منافس بتحريض من صاحبه ، كان العامل القفى وصاحب المصنع المنافس مسئولين معاً نحو صاحب المصنع الأول ، كل منهما عن تعويض كامل . وتفسير ذلك لا يرجع إلى تعدد المسئولين عن أخطاء تقصيرية ، بل يرجع إلى أن العامل القفى مسئول عن تعويض كامل لأنه أخل بالتزامه العقدى ، وصاحب المصنع المنافس مسئول أيضاً عن تعويض كامل لأنه ارتكب خطأ جعله مسئولاً . فيكون كل منهما مسئولاً عن تعويض ضرر واحد تعويضاً كاملاً . وهذه ليست مسئولية بالتضامن (solidarité) بل هى مسئولية مجتمعة (تضامية in solidum) (١) . وكذلك يكون الحكم إذا كان كل من الخطأ العقدى والخطأ التقصيرى غير عمد ، كما إذا ارتكب أمين النقل وهو ينقل بضاعة خطأ بأن سار بسرعة كبيرة ، فاصطدم بسيارة أخرى ارتكب سائقها هو أيضاً خطأ بأن كان يسير من جهة الشمال ، فخطأ أمين النقل هنا خطأ عقدي غير عمد وخطأ الغير (سائق السيارة الأخرى) خطأ تقصيرى غير عمد ، ومع ذلك يكون أمين النقل والغير مسئولين معاً مسئولية مجتمعة (تضامية) . ويلاحظ فى المثالين المتقدمين أن مرتكب الخطأ العقدى لا يكون مسئولاً إلا عن الضرر المتوقع ، أما مرتكب الخطأ التقصيرى فيكون مسئولاً أيضاً عن الضرر

(١) أما فى فرنسا فيقوم بين العامل وصاحب المصنع المنافس تضامن (solidarité) لاتضامن فحسب ، وذلك بموجب المادة الثالثة من قانون ٥ فبراير سنة ١٩٣٢ ، بل كان القضاء القرنى يقضى بالتضامن حتى قبل صدور هذا القانون (بلائيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٦٨ ص ٤٢٦ وفقرة ١٠٧٢) .

غير المتوقع مادام ضرراً مباشراً . فالمسئولية المجتمعة (التضاممية) إنما تقوم بينهما فيما يشتركان في التعويض عنه وهو الضرر المتوقع ، وينفرد مرتكب الخطأ التقصيري بالمسئولية عن الضرر غير المتوقع . والفرق بين المسئولية بالتضامن (solidarité) والمسئولية المجتمعة (التضاممية in solidum) أن التضامن يختص بأحكام لا تشاركه فيها المسئولية المجتمعة (التضاممية) ، فالمستولون بالتضامن يمثل بعضهم بعضاً فيما ينفع لا فيما يضر . فإذا تصالح الدائن مع أحد المستولين بالتضامن ، وتضمن الصلح الإبراء من الدين أو براءة الذمة منه بأية وسيلة أخرى استفاد منه الباقون ، أما إذا كان من شأن هذا الصلح أن يرتب في ذمتهم التزاماً أو يزيد فيما هم ملتزمون به فإنه لا ينفذ في حقهم إلا إذا قبلوه (م ٢٩٤ مدني) . وإذا أقر أحد المستولين المتضامين بالدين فلا يسرى هذا الإقرار في حق الباقيين ، وإذا نكل أحد المستولين المتضامين عن الدين أو وجه إلى الدائن يمينا حلفها فلا يضارب بذلك باقي المستولين ، وإذا اقتصر الدائن على توجيه الدين إلى أحد المدينين المتضامين فحلف فإن المستولين الآخرين يستفيدون من ذلك (م ٢٩٥ مدني) . وإذا صدر حكم على أحد المستولين المتضامين فلا يمتنع بهذا الحكم على الباقيين ، أما إذا صدر الحكم لصالح أحدهم فيستفيد منه الباقون إلا إذا كان الحكم مبنياً على سبب خاص بالمستول الذي صدر الحكم لصالحه (م ٢٩٦ مدني) . وإذا أعذر الدائن أحد المستولين المتضامين أو قاضاه فلا يكون لذلك أثر بالنسبة إلى باقي المستولين ، أما إذا أعذر أحد المستولين المتضامين الدائن فإن باقي المستولين يستفيدون من هذا الإعذار (م ٢٩٣ فقرة ٢ مدني) هذه الأحكام هي خاصة بالمسئولية التضاممية دون المسئولية المجتمعة (التضاممية) ، ومن ثم تقوم هذه الفروق بين المسئوليتين (١).

(١) الوسيط الجزء الأول فقرة ٦٢٠ ص ٩٢٨ — ص ٩٢٦ — وإذا أغل المتماقدان في عقد واحد بمسئولتهما العقدية ، فهما شريكان في هذه المسئولية ، ولكنها ليست مسئولية تقصيرية حتى يقوم التضامن بينهما . ولما كان مصدر المسئولية هو العقد ، فلا بد من شرط التضامن ، وإلا انقسم الالتزام بينهما . ويذهب بلانيول وريبير وجابولد إلى اعتبار المسئولية هنا ، في القليل ، مسئولية تضاممية ، إن لم يمكن اعتبارها مسئولية تضاممية (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٧١) . ولكن الالتزام التضاممي يشترط فيه — على ما نرى — أن يكون المصدر متعدياً ، وهنا المصدر عقد واحد .

(٥) وفي الدعاوى المباشرة (actions directes) نجد أيضاً الدائن له مديتان، يرجع على كل منهما بنفس الدين، دون أن يكون المديتان متضامتين، فيكون الالتزام بهذا الدين الواحد التزاماً تضامياً لا تضامياً (١). مثل ذلك ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة ٥٩٦ مدني من أن « يكون المستأجر من الباطن ملزماً بأن يؤدي للمؤجر مباشرة ما يكون ثابتاً في ذمته للمستأجر الأصلي وقت أن ينذره المؤجر ». فهنا المؤجر يستطيع أن يرجع بالأجرة على كل من المستأجر الأصلي بموجب عقد الإيجار الأصلي والمستأجر من الباطن بموجب عقد الإيجار من الباطن وهو يعطي للمؤجر دعوى مباشرة بالأجرة. فتوافر بذلك عناصر الالتزام التضاممي : دين واحد هو الأجرة، وروابط متعددة هي الرابطة التي تربط المؤجر بالمستأجر الأصلي وتلك التي تربط المؤجر بالمستأجر من الباطن، ومصادر متعددة هي عقد الإيجار الأصلي وعقد الإيجار من الباطن. وقل مثل ذلك في جميع الأحوال التي يعطي النص فيها للدائن دعوى مباشرة قبل مدين المدين، كما في دعوى الموكل قبل نائب الوكيل، ودعوى نائب الوكيل قبل الموكل، وفي دعوى رب العمل قبل نائب القضوي، وغير ذلك من الدعاوى المباشرة، وقد سبق الكلام في ذلك تفصيلاً في الجزء الثاني من الوسيط (٢).

(١) انظر دريدا (Derrida) في أنسيكلويدى دالوز • لفظ *solidarité* فقرة ١٤٦ — فانسان Vincent في المجلة الفصلية لقانون المدنى سنة ١٩٣٩ ص ٣٦ — ص ٣٨ وص ٦٤ — وقارن كولان وكايبان ٢ ص ٤٦٧ هامش رقم ١ .

(٢) الوسيط الجزء الثاني فقرة ٥٥٥ فقرة ٥٦٦ . هذا ويمكن إيراد أمثلة أخرى للمسئولية التضامية . فمسئولية المنيب والمناب في الإثابة الفاصرة هي مسئولية تضامية (بلانيول وبييرجوردوان ٧ ص ٦٨٢ هامش رقم ١ — كولان وكايبان ٢ فقرة ٥٥٤ — فانسان Vincent في المجلة الفصلية لقانون المدنى سنة ١٩٣٩ ص ٣٩) . وفي كل حالة يكون فيها شخصان مسئولين عن دين واحد لسببين مختلفين ، تكون مسئوليتهما عن هذا الدين مسئولية تضامية . مثل ذلك أن يبيع المقرض عينا ، ويشترط على المشتري أن يدفع ائمن المقرض وفاء القرض . فهنا يوجد شخصان مسئولان عن وفاء القرض : المقرض وسبب مسئولية عقد القرض ، والمشتري وسبب مسئولية عقد البيع بما يشتمل عليه من اشتراط لمصلحة الغير (استئناف مختلط ٢٩ يونيه سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٥٣) ، فلا يقوم تضامن بين المقرض والمشتري، ولكن يكون هناك تضام بينهما (انظر الموجز للمؤلف ص ٥١٥ هامش رقم ١) .

المبحث الثاني

الآثار التي تترتب على تضامن المدينين

١٧٨ - المعروفة بين الدائنين والمدينين والمعروفة للمدينين بعضهم

بعضهم : هنا أيضا نبحث ، كما بحثنا في تضامن الدائنين ، أمرين : (١) العلاقة بين الدائن والمدينين (٢) وعلاقة المدينين بعضهم ببعض .

المطلب الأول

العلاقة بين الدائن والمدينين

١٧٩ - المبادئ الأساسية : المبادئ الأساسية التي تقوم عليها العلاقة

ما بين الدائن والمدينين في التضامن السليبي هي نفس المبادئ التي تقوم عليها العلاقة ما بين المدين والدائنين في التضامن الإيجابي :

(أولا) فللدائن مطالبة أى مدين متضامن بكل الدين . ولأى مدين متضامن الوفاء بكل الدين للدائن . ووفاء أحد المدينين بكل الدين يبرىء ذمة المدينين الآخرين نحو الدائن (م ٢٨٤ - ٢٨٥ مدنى) . ويرجع هذا المبدأ إلى فكرة وحدة المحل ، فالدائن يستطيع أن يطالب بالكل ، كما يستطيع أى مدين أن ينفى بالكل ، لأن الكل في هذه الحالة شيء واحد .

(ثانيا) أما أسباب الانقضاء الأخرى غير الوفاء ، من تجديد ومقاصة واتحاد ذمة وإبراء وتقادم ، فانها إذا تحققت بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامين اقتصر أثرها عليه دون أن تتمدى إلى سائر المدينين ، ولا يحتاج أى من هؤلاء بها إلا بقدر حصة المدين الذى قام به سبب الانقضاء (م ٢٨٦ - ٢٩٢ / ١ مدنى) . ويرجع هذا المبدأ إلى فكرة تعدد الروابط ، فكل مدين تربطه بالدائن رابطة تتميز عن روابط المدينين الآخرين ، فاذا انقضت هذه الرابطة بسبب غير الوفاء لم يترتب على ذلك انقضاء الروابط الأخرى .

(ثالثاً) ولا يجوز لأى مدين متضامن أن يأتي عملاً من شأنه أن يضر بباقي المدينين ، ولكن إذا أتى عملاً من شأنه أن ينفعهم أفادوا منه (م ٢/٢٩٢ - ٢٩٦ مدني) . ويجمع هذا المبدأ إلى فكرة التباينة التبادلية ، فكل مدين يمثل الآخرين فيما ينفع لا فيما يضر . وهذا ما جرت العادة بتسميته الآثار الثانوية (effets secondaires) للتضامن (١) .

فتتكم إذن هنا ، كما تكلمنا في التضامن الإيجابي ، في مسائل ثلاث :
(١) انقضاء الدين بالوفاء (٢) انقضاء الدين بأسباب أخرى غير الوفاء
(٣) الآثار الثانوية للتضامن بين المدينين .

§ ١ - انقضاء الدين بالوفاء

١٨٠ - **النصوص القانونية :** تنص المادة ٢٨٤ من التقنين المدني على ما يأتي :

« إذا كان التضامن بين المدينين ، فإن وفاء أحدهم بالدين مبريء للذمة الباقين » .

وتنص المادة ٢٨٥ على ما يأتي :

« ١ - يجوز للدائن مطالبة المدينين المتضامنين بالدين مجتمعين أو منفردين ، ويراعى في ذلك ما يلحق رابطة كل مدين من وصف يعدل من أثر الدين » .

« ٢ - ولا يجوز للمدين الذي يطالب الدائن بالوفاء أن يحتج بأوجه الدفع

(١) وقد كان التقنين المدني السابق يقيم التضامن السلبي على فكرتي الكفالة والوكالة (م ١٠٨/١٦٢) . انظر في هذا المعنى استئناف مختلط ١١ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ١٨٣ .
ويفسر بيدان ولاجارد جميع المبادئ الثلاثة بفكرة التباينة التبادلية (بيدال ولاجارد ٨ فقرة ٨١٧ وما بعدها) ، ولكن هذه الفكرة وحدها لا تكفي ، فهي تضيق مثلاً عن تفسير القاعدة التي تقضي بأنه لا يجوز للمدين أن يحتج بأوجه الدفع الخاصة بغيره من المدينين ، وكان من حقه أن يحتج بها بمقتضى التباينة التبادلية (دريدا Derrida أنكيلوبيدي دالوز • لفظ solidarité فقرة ٦١) .

الخاصة بغيره من المدينين ، ولكن يجوز له أن يحتج بأوجه الدفع الخاصة به وبالأوجه المشتركة بين المدينين جميعاً (١) .

وتقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق المواد ١٠٨/١٦٢ - ١٦٤ و ١٠٩/١٦٥ و ١١٢/١٦٨ (٢) .

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري

(١) تاريخ النصوص :

م ٢٨٤ : ورد هذا النص في المادة ٤٠٨ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ - إذا كان التضامن بين المدينين ، كان كل منهم ملزماً بالدين جميعه ، وكان وفاة أحدهم بالدين مبرئاً لزمه الباقين . ٢ - ومع ذلك لا يحول التضامن دون انقسام الدين بين ورثة أحد المدينين المتضامنين ، إلا إذا كان الدين غير قابل للانقسام » . وفي لجنة المراجعة حذف الحكم الخاص بالتزام أى من المدينين المتضامنين بكل الدين لأنه ورد في المادة التالية ، وكذلك حذفت الفقرة الثانية لأنها لا تتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية في الميراث ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد، وأصبح رقمه ٢٩٦ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب، فجلس الشيوخ تحت رقم ٢٨٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٦٢ - ص ٦٤) .

م ٢٨٥ : ورد هذا النص في المادة ٤٠٩ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم المادة ٢٩٧ من المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم المادة ٢٨٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٦٥ - ص ٦٧) .

(٢) التقنين المدني السابق م ١٠٨/١٦٢ - ١٦٤ : لا يلزم كل واحد من المتضامنين بوفاء جميع المتعهد به إلا إذا اشترط تضامهم لبعضهم في العقد أو أوجبه القانون . وفي هذه الحالة يعتبر المتعهدون كفلاء لبعضهم بعضاً ووكلاء عن بعضهم بعضاً في وفاء المتعهد به ، وتتبع القواعد المتعلقة بأحكام الكفالة والتوكيل .

م ١٠٩/١٦٥ : يجوز للدائن أن يجمع مدينيه المتضامنين في مطالبتهم بدينه أو يطالبهم به منفردين ، ما لم يكن دين بعض المدينين المذكورين مؤجلاً لأجل معلوم أو مطلقاً على شرط .

م ١١٢/٢٦٨ : لكل من المدينين المذكورين الحق في التمسك بأوجه الدفع الخاصة بشخصه وبالأوجه العامة لجميعهم .

(و أحكام التقنينين القديم والجديد واحدة في هذه المسائل بالرغم من اختلاف الأسلوب . وقد قدما أن التقنين المدني السابق صرح بالأساس الذى تبنى عليه أحكام التضامن السلبى ، فذكر أن المدينين يعتبرون كفلاء بعضهم لبعض ووكلاء عن بعضهم عن بعض في وفاء الدين وأن تتبع أحكام الكفالة والوكالة . والأولى عدم ذكر هذه الأسس الفقهية في التشريع ، لا سيما أنه ليس صحيحاً أن جميع أحكام الكفالة والوكالة تنطبق في التضامن السلبى) .

المادتين ٢٨٤ - ٢٨٥ ، وفي التقنين المدني الليبي المادتين ٢٧١ - ٢٧٢ ، وفي التقنين المدني العراقي المادتين ٣٢١ - ٣٢٢ ، وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المواد ٢٣ و ٢٥ - ٢٩ (١) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢٨٤-٢٨٥ (مطابقتان للمادتين ٢٨٤ - ٢٨٥ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٢٧١ - ٢٧٢ (مطابقتان للمادتين ٢٨٤ - ٢٨٥ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٣٢١ : ١ - إذا كان المدينون متضامنين ، فلدائن أن يطالب بالدين كله من شاء منهم ، وأن يطالبهم به مجتمعين ، ومطالبته لأحدهم لا تمتعه من مطالبة الآخرين .
٢ - ولا يجوز للمدين الذي يطالبه الدائن بالوفاء أن يحتج بأوجه الدفع الخاصة بمدين آخر إلا بقدر نصيب هذا المدين إذا كان قد انقضى بوجه من الوجوه ، ولكن يجوز له أن يحتج بأوجه الدفع الخاصة به وبأوجه الدفع المشتركة بين المدينين جميعاً .
م ٣٢٢ : إذا قضى أحد المدينين المتضامنين الدين بتمامه حيناً أو بمقابل أو بطريق الحوالة ، برئت ذمته وبراءته من المدينون الآخرون .

(وهذه نصوص تتفق في أحكامها مع أحكام التقنين المدني المصري وإن اختلفت في العبارة والأسلوب : انظر الأستاذ حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ٢٠٤ وما بعدها) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٢٣ : يكون الموجب متضامناً بين المدينين حين يكون عدة مدينين ملزمين بدين واحد وكل منهم يجب اعتباره في علاقاته بالدائن كديون مجموع هذا الدين ، فيقال إذ ذاك « تضامن المدينين » . على أن التضامن لا يحول دون قسمة الدين بين ورثة المدين المتضامن .

م ٢٥ : إذا وجد موجب التضامن بين المدينين ، فإن جميع هؤلاء ملزمون بالشيء ذاته ولكن بمقتضى روابط متميزة ومستقلة بعضها عن بعض ، ولا سيما فيما يختص : ١ - بصمة هذه الروابط . ٢ - باستحقاقها . ٣ - بسقوطها .

م ٢٦ : يحق لكل من المدينين المتضامنين أن يدل بأسباب الدفاع المختصة به والمشاركة بين جميع المدينين .

م ٢٧ : إن أسباب الدفاع المختصة بكل من المدينين هي التي يمكن أن يدل بها واحد أو عدة منهم ، وأخصها : ١ - الأسباب الممكنة من الإبطال (الإكراه والغلط وعدم الأهلية) سواء أكانت مختصة بأحد المدينين أم ببعضهم ٢ - الشكل (الأجل أو الشرط) التي لا يشمل ما ألزمه الجميع . ٣ - أسباب سقوط الموجب التي لم تحدث للجميع .

م ٢٨ : أسباب الدفاع المشتركة هي التي يمكن أن يدل بها جميع المدينين بالموجب التضامن وهي على الخصوص : ١ - أسباب البطلان (كوضوح غير صالح وكفقدان الصيغ المطلوبة -

١٨١ - لئى مدين متضامن أنه يوفى الرأى كل الربيع : وهذا

ما تنص عليه المادة ٢٨٤ مدنى ، كما رأينا ، إذ تقول : إذا كان التضامن بين المدينين ، فإن وفاء أحدهم بالدين مبرىء لئمة الباقين . فأى مدين إذن يستطيع أن يبقى الدين كله للدائن ، ولا يستطيع الدائن أن يرفض الاستيفاء ، كما لا يستطيع أن يفرض على المدين ألا يوفيه إلا حصته فى الدين إذا أصر المدين على الوفاء بالدين كله (١) . وهذا ما لم يتفقا على أن يدفع المدين للدائن حصته فى الدين فقط ، فعند ذلك يكون للدائن أن يرجع على أى مدين آخر بالدين من استنزال حصة المدين المدفوعة (٢) . وكما لا يجبر المدين على أن يوفى حصته فقط ، كذلك لا يستطيع هو

مشرعا (الخ) التى تشمل ما التزمه الجميع . ٢ - الشكل أو الأجل أو الشرط الشامل لما التزم به الجميع . ٣ - أسباب الإسقاط التى أفضت إلى سقوط الدين عن الجميع . م ٢٩ : إن الإيفاء أو أداء الموضع أو إيداع الشيء المستحق أو المقاصة التى جرت بين أحد المدينين والدائن كلها تعبرى ذمة سائر الموجب عليهم .

(وهذه نصوص تتفق فى أحكامها بوجه عام مع أحكام التقنين المدنى المصرى فيما عدا حكم المقاصة ، فلا يحتاج بالمقاصة فى التقنين المصرى إلا بمقدار نصيب من وقعت المقاصة معه . والتقنين البنائى يزخر ، كما نرى ، بالأساليب والتفصيلات الفقهية) .

(١) لاروسبيير م ٣ ١٠٢٤ فقرة ٤ — ديمولومب ٢٦ فقرة ٣١٨ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٠٩ .

(٢) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢١١ . ويلاحظ أن المادة ٢٩٠ مدنى تقضى بأنه إذا أبرأ الدائن أحد المدينين التضامنين من التضامن ، ببقى حقه فى الرجوع على الباقين بكل الدين ، ما لم يتفق على غير ذلك . والفرق بين صورة الإبراء هذه وصورة استيفاء الدائن لحصة أحد المدينين أن المفروض فى الصورة الثانية أن الدائن قد استوفى فعلا هذه الحصة ، فلم يبد له إلا باقى الدين يرجع به على أى مدين متضامن آخر . أما فى الإبراء فالمفروض أن الدائن قد اقتصر على الإبراء من التضامن دون أن يستوفى حصة المدين المبرأ ، ومن ثم إذا طالب مديناً آخر كان له أن يطالبه بكل الدين لأنه لم يستوف من هذا الدين شيئاً ، وهذا ما لم يكن قد اتفق مع المدين المبرأ على استنزال حصته من الدين عند الرجوع على أحد من المدينين الآخرين كما يقول النص . وهناك فرق آخر من ناحية الصنعة القانونية : فاستيفاء الحصة لابد فيه من إرادتين متوافقتين ، أما الإبراء فتكتفى فيه إرادة الدائن وإن كان يرتد برد المدين (م ٣٧١ مدنى) .

وكل مبلغ يدفعه أحد المدينين التضامنين للدائن ، سواء كان هذا المبلغ مساوياً لحصة هذا المدين أو أقل أو أكثر ، يستطيع المدينون الآخرون التحمس به لاستنزاله من الدين عند رجوع الدائن عليهم (استئناف مختلط ١٩ مارس سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٠٢) ، وهذا ما لم يكن المدين قد اتفق مع الدائن على أنه إنما يدفع له حصته فى الدين أو جزءاً منها كما سبق القول (انظر تفصيل ذلك فيما يلى فقرة ٢٠٤ فى الخامس) .

هو أن يجبر الدائن على استيفاء هذه الحصة إذا أصر الدائن على أن يستوفى الدين كله .

وإذا وفى المدين الدين كله للدائن ، برئت ذمة سائر المدينين المتضامنين . ويكون للمدين الذى وفى الدين الرجوع عليهم كل بقدر حصته ، على الوجه الذى ستيينه فيما يلى . وإذا رفض الدائن أن يستوفى الدين كله من أى مدين متضامن ، كان لهذا المدين أن يعرض الدين عرضاً حقيقياً وفقاً للإجراءات المقررة ، ومتى تم هذا العرض برئت ذمة كل المدينين المتضامنين .

١٨٢ — وللدائن أنه يستوفى الدين كله من أى مدين متضامن :

وهذا ما يقرره صدر الفقرة الأولى من المادة ٢٨٥ مدنى ، كما رأينا ، إذ يقول « يجوز للدائن مطالبة المدينين المتضامنين بالدين مجتمعين أو منفردين » . فللدائن أن يختار أى مدين متضامن — أكثرهم ملاءة أو أيسرهم وفاء أو من يشاء منهم فكلهم متضامنون فى الدين — ويطالبه بالدين جميعه لا بحصته منه فحسب (١) . وهذا يرجع كما قدمنا إلى وحدة المحل فى الالتزام التضامنى ، وهذا هو أيضاً أهم أثر للتضامن السلبى ، فان هذا النوع من التضامن مقرر فى الأصل لمصلحة الدائن ، بل هو يفوق فى الضمان الكفالة ولو كان الكفيل متضامناً كما سبق القول (٢) .

ويبقى للدائن حقه فى الرجوع بكل الدين على أى مدين يختاره حتى لو كان له تأمين عينى كرهن أو حق امتياز ، فله بالرغم من وجود هذا التأمين أن يرجع على المدين الذى اختاره قبل أن يرجع على العين المرهونة أو المثقلة بحق الامتياز ، وهذا حتى لو كانت هذه العين مملوكة لغير هذا المدين (٣) . ذلك أن القانون لم

(١) مصر الوطنية ١٩ ديسمبر سنة ١٨٩٢ الحقوق ٧ ص ٣٩٣ — استئناف مختلط ١٦ يونيه سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣٩٤ — ٢٣ يناير سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٩٨ — ١٧ يونيه سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٤٤٢ — ١٧ يناير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٥٦ .
(٢) انظر آنفاً فقرة ١٦٤ .

(٣) ولا يخل هذا الحكم بجواز الاتفاق على أن يرجع الدائن على المدينين المتضامنين بترتيب معين ، أو على أن يرجع الدائن أولاً بالتأمين العيني (لارومبيير ٣ م ١٢٠٣ فقرة ٣ — هيك ٧ فقرة ٣١٦ — ديجولومب ٢٦ فقرة ٣١٥ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٠٧) .

يَحْتَم على الدائن أن يرجع أولاً على العين المحملة بالضمان العيني (١)، فقد يجد الدائن أن الدعوى الشخصية التي يطالب بها المدين المتضامن بالدين كله أيسر حملاً وأقل كلفة وأبسط في الإجراءات من الدعوى العينية التي يرجع بها بمقتضى التأمين العيني (٢) .

وليس للمدين إذا طالبه الدائن بالدين كله ، أن يقتصر على دفع حصته في الدين (٣)، فانه بالنسبة إلى الدائن قد انشغلت ذمته بكل الدين ولا يستطيع أن يجزئ الوفاء . وقد رأينا نظيراً لهذا الحكم في حالة ما إذا كان المدين هو الذي يتقدم من تلقاء نفسه ، ومن غير مطالبة من الدائن ، بدفع حصته في الدين ، فان الدائن لا يجبر على قبول الوفاء الجزئي (٤) .

١٨٣ - مراعاة ما يلحق رابطة كل صريح مع وصف : ولما كان

الالتزام التضامني ، إلى جانب أنه موحد المحل ، متعدد الروابط ، فان هذه الروابط المتعددة قد يكون بعضها موصوفاً والبعض غير موصوف ، وقد يكون الوصف الذي يلحق رابطة منها غير الوصف الذي يلحق الرابطة الأخرى ، وقد تقدمت الإشارة إلى ذلك . فيجوز أن يكون أحد المدينين المتضامنين مديناً تحت شرط واقف ، ويكون مدين آخر دينه مضاف إلى أجل ، ويكون مدين ثالث دينه منجز . ففي هذه الحالة لا يستطيع الدائن أن يرجع على المدين الأول

(١) وقد كان المشروع التمهيدى يتضمن نصاً يحتم ذلك ، ولكنه حذف .

(٢) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٠٨ . بل لا يجوز للمدين الذي يطالبه الدائن بكل الدين أن يؤخر الوفاء ، بدعوى أن هناك نزاعاً لا يزال منظوراً أمام القضاء بينه وبين المدينين الآخرين بشأن حصة كل منهم في الدين ، وأنه يخشى لو دفع الدين كله أن يتحمل إضرار أحد من هؤلاء المدينين (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٠٨) .

(٣) وحق اقتصار المدين على دفع حصته في الدين إنما أعطى للكفيل إذا تعدد الكفلاء دون تضامن بينهم ، ويسمى بحق التقسيم (bénéfice de division) . ولكن هذا الحق ، إذا جاز للكفيل غير المتضامن ، لا يجوز للكفيل المتضامن ، ومن باب أولى لا يجوز للمدين المتضامن . (٤) انظر الفقرة السابقة - ولكن إذا كان المدينان المتضامنان لا يملك كل منهما أكثر من خمسة أفدنة ، وإن كان مجموع ما يملكان أكثر من خمسة أفدنة ، لم يجوز للدائن أن ينفذ على أي منهما بدعوى أنها يملكان معاً نصاب الحجز (استئناف مخطط ٢٨ يناير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٥٣) .

إلا إذا تحقق الشرط ، ولا على المدين الثاني إلا عند حلول الأجل ، ويجوز له الرجوع فوراً على المدين الثالث . وإلى هذا تشير المادة ٢٨٤ مدني إذ تقول : « وبإحدى في ذلك ما يلحق رابطة كل مدين من وصف يعدل من أثر الدين » . وقد تقدم مثل ذلك في التضامن الإيجابي .

وقد بطراً الوصف على الرابطة بعد تمام التعاقد ، فيمنح الدائن أحد المدينين التضامنين بعد قيام الدين أجلاً للوفاء ، فلا يجوز للمدينين الآخرين أن يتمسكوا بهذا الأجل ، كما لا يتمسك المدين في التضامن الإيجابي بالأجل الذي يمنحه له أحد الدائنين التضامنين في حق الدائنين الآخرين (١) . وإذا كان الدائن ، عند ما يرى أحد المدينين التضامنين من التضامن ، يستبقى حقه في الرجوع على الباقيين بكل الدين (م ٢٩٠ مدني) ، فأولى أن يستبقى حقه في الرجوع فوراً على الباقيين إذا هو أجل الدين لأحدهم .

١٨٤ - ادخال المدينين التضامنيين الآخرين في الدعوى وهو لهم فيها:

وإذا طالب الدائن أحد المدينين التضامنيين بكل الدين على الوجه الذي أسلفناه ، كان لهذا المدين أن يدخل في الدعوى باقي المدينين التضامنيين أو بعضهم ، حتى إذا حكم عليه بكل الدين حكم له على كل من الآخرين بقدر حصته (٢) . ولا يجوز للدائن أن يعارض في ذلك ، فقد نصت المادة ١٤٣ من تقنين المرافعات على أن « الخصم أن يدخل في الدعوى من كان يصح اختصاصه فيها عند رفعها ، ويتبع في اختصاص الغير الأوضاع المعتادة في التكليف بالحضور » (٣) . ويتعين

(١) انظر آنفاً فقرة ١٣٥ وانظر المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٥٨ — وانظر أيضاً المادة ١٩ من تقنين المراجبات والمقود البنائي .
(٢) استئناف مختلط ٢١ مارس سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٢٠٨ — ٣ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٩٥ .

(٣) ديرانتون ١١ فقرة ٢١٥ — لارومبيير ٣ م ١٢٠٣ فقرة ٤ — ديمولومب ٢٦ فقرة ٣١٦ — هيك ٧ فقرة ٣١٦ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٠٤ — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٨١٨ — الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٩٧ ص ٢٧٩ — وانظر عكس هذا الرأي فلا يجوز للمدين طلب التأجيل لإدخال باقي المدينين في الدعوى لوران ١٧ فقرة ٢٩٧ — دي باج ٣ فقرة ٣٤٣ — الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٧٠٦ .

على المحكمة إجابة المدين إلى طلبه وتأجيل الدعوى لإدخال باقى المدينين ، إذا كان المدين قد كلفهم بالحضور خلال ثمانية أيام من تاريخ رفع الدعوى عليه من الدائن ، أو إذا كانت الثمانية الأيام المذكورة لم تنقصر قبل الجلسة المحددة لنظر الدعوى ، وفيما عدا ذلك يكون التأجيل لإدخال باقى المدينين المتضامين جوازياً للمحكمة (م ١٤٦ مرافعات) . ويقضى فى الدعوى الأصلية المرفوعة من الدائن على المدين وفى طلب هذا المدين الرجوع على باقى المدينين بحكم واحد كلما أمكن ذلك ، وإلا فصلت المحكمة فى الرجوع على باقى المدينين بعد الحكم فى الدعوى الأصلية إذا اقتضى الفصل فى الرجوع إجراءات طويلة ، للثبوت من حصة كل مدين فى الدين ، (م ١٤٧ مرافعات) .

بل إن للمحكمة من تلقاء نفسها ، دون طلب من المدين ، أن تأمر بإدخال باقى المدينين المتضامين فى الدعوى ، فقد نصت المادة ١٤٤ من تقنين المرافعات على أن : « للمحكمة ولو من تلقاء نفسها أن تأمر بإدخال : (١) ... (ب) من تربطه بأحد الخصوم رابطة تضامن أو حق أو التزام لا يقبل التجزئة ... وتعين المحكمة ميعاداً لحضور من تأمر بإدخاله ومن يقوم من الخصوم بإعلانه » . وهذا حكم مستحدث فى تقنين المرافعات الجديد .

وكما يجوز إدخال باقى المدينين المتضامين فى الدعوى ، يجوز كذلك أن يتدخلوا هم من تلقاء أنفسهم ، ليرعوا حقوقهم ولينموا ما قد يقع من تواطؤ بين الدائن والمدين المرفوعة عليه الدعوى . وقد نصت المادة ١٥٣ من تقنين المرافعات على أنه « يجوز لكل ذى مصلحة أن يتدخل فى الدعوى منضمّاً لأحد الخصوم أو طالباً الحكم لنفسه بطلب مرتبط بالدعوى » . وتنص المادة ١٥٥ من نفس التقنين على أن « تحكم المحكمة على وجه السرعة فى نزاع يتعلق بقبول الطلبات العارضة أو التدخل . ولا يترتب على الطلبات العارضة أو التدخل إرجاء الحكم فى الدعوى الأصلية متى كانت صالحة للحكم فيها . وتحكم المحكمة فى موضوع الطلبات العارضة أو فى طلبات التدخل مع الدعوى الأصلية كلما

= ولكن لا يجوز أن يطالب المدين الدائن بإدخال بقية المدينين فى الدعوى ، لأنه مشمول نحو الدائن من كل الدين ، فإذا أراد أن يدخل باقى المدينين فى الدعوى ، فعليه هو لا على الدائن أن يدخلهم (يبدان لأجاد ٨ فقرة ٨١٨ ص ٦٠٦) .

أمكن ذلك ، وإلا استبقت الطلب العارض أو طلب التدخل للحكم فيه بعد تحقيقه (١) .

١٨٥ — مطالبة مريض بعد آخر : وإذا اختار الدائن مدينا متضامنا

وطالبه بكل الدين ، ثم رأى بعد ذلك أن يوجه مطالبته للمدين متضامن آخر ظهر له فيما بعد أن مطالبته أكثر جدوى أو أيسر أو بدا له أى سبب آخر لهذه المطالبة الجديدة ، فإن المطالبة الأولى للمدين الأول لا تمنع من مطالبة المدين الآخر . فللدائن إذن أن يدخل المدين الآخر خصما فى الدعوى الأولى ويطلب الحكم على الاثنين بالدين متضامين فيه ، وله أن يترك دعواه الأولى ويرفع دعوى جديدة على المدين الآخر يطالبه فيها وحده بكل الدين (٢).

وإذا فرض أن الدائن استمر فى مطالبة المدين الأول ولم يستطع من ورائه هذه المطالبة أن يحصل منه إلا على جزء من الدين ، فانه يستطيع أن يطالب أى مدين آخر بالباقي من الدين بعد استنزال الجزء الذى استوفاه من المدين الأول . وهذا هو الحكم حتى لو كان المدين الآخر الذى يرجع عليه الدائن مفلسا ، فإن الدائن لا يدخل فى التفضيلة إلا بالباقي من الدين بعد استنزال ما استوفاه من المدين الأول ، ثم إن ما يبق له بعد الرجوع على التفضيلة يرجع به على أى من المدينين الآخرين أو على سائرهم ، حتى لو حصل الصلح مع المفلس . كذلك يدخل فى التفضيلة المدين المتضامن الذى وفى الدين بقدر ما وفاه عن المفلس . وهذه الأحكام تنص عليها صراحة المادة ٣٤٩ من التقنين التجارى إذ تقول : « إذا استوفى المداين الحامل لسند متضامن فيه المفلس وغيره بعضا من دينه قبل الحكم بإشهار الإفلاس ، فلا يدخل فى روكية التفضيلة إلا بالباقي بعد استنزال ما استوفاه ويبقى حقه فى المطالبة بالباقي محفوظا له على الشريك أو الكفيل ، ويدخل الشريك أو الكفيل المذكور فى روكية المفلس بقدر ما دفعه وفاه عنه .

(١) انظر فى هذا المعنى لارومير م ٣ ١٢٠٣ فقرة ٤ — ديمولومب ٢٦ فقرة ٣١٧ —

بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٠٥ .

(٢) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢١٠ — بيدان وجابورله ٨ فقرة ١٠٨١ .

وللمدين مطالبة الشركاء في الدين بتمام دينه ولو حصل الصلح مع المفلس (١) .

١٨٦ - مطالبة المدينين المتضامنين مجتمعين : وإذا كان للدائن أن يطالب أى مدين متضامن منفرداً بكل الدين ، فما لا شك فيه أن له أيضاً أن يطالبهم جميعاً بكل الدين فيوجه إليهم المطالبة مجتمعين . وتقول المادة ٢٨٥ مدنى ، كما رأينا ، في هذا الصدد : « يجوز للدائن مطالبة المدينين المتضامنين بالدين مجتمعين... » . ويستطيع أيضاً أن يوجه المطالبة إلى فريق منهم دون فريق (٢) . وقد رأينا أن أى مدين متضامن وجه إليه الدائن المطالبة وحده يستطيع أن يدخل الباقي في الدعوى وأن الباقي يستطيعون أن يدخلوا في الدعوى من تلقاء أنفسهم ، هذا إذا لم يستعمل الدائن حقه في مطالبتهم مجتمعين على النحو الذى يبيناه .

ومتى اجتمع المدينون المتضامنون أو بعضهم في الدعوى ، فإن الحكم يصدر عليهم بالدين متضامين فيه (٣) ، فيستطيع الدائن بموجب هذا الحكم أن ينفذ

(١) أما إذا كان كل من المدينين المتضامنين مفلسين ، فإن الدائن يدخل في كل تفليسة بمقدار كل الدين . وتنص المادة ٣٤٨ من التفتين التجارى في هذا الصدد على ما يأتى : « إذا كانت بيد أحد المدينين سندات دين مغطاة أو محولة أو مكفولة من المفلس وآخرين ملتزمين معه على وجه التضامن ومفلسين أيضاً ، جاز له أن يدخل في التوزيعات التى تحصل في جميع روكيات تفليساتهم ، ويكون دخوله فيها بقدر أصل المبلغ المهر به السند وما يتبعه إلى تمام الوفاء . ولاحق لتفليسات الملتزمين بدين واحد في مطالبة بعضها بعضاً بالحصص المدفوعة منها ، إلا في حالة ما إذا كان مجموع تلك الحصص المدفوعة من روكيات هذه التفليسات يزيد على قدر أصل الدين وما هو تابع له ، ففي هذه الحالة تقر الزيادة لمن كان من المدينين المفلسين مكفولاً من الآخرين على حسب ترتيب التزامهم بالدين » . والفقرة الأولى من هذا النص تقابلها المادة ٥٤٢ من التفتين التجارى الفرنسى . انظر في هذا النص وما يشيره من مسائل تختلف عليها وهى تدخل في نطاق القانون التجارى بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢١١ .

(٢) ديمولومب ٢٦ فقرة ٣٢١ - بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢١٢ .

(٣) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا لم يطلب التضامن في صحيفة الدعوى الابتدائية ولا أثناء نظر الدعوى أمام محكمة أول درجة ، فلا يقبل إيداعه لأول مرة أمام محكمة الاستئناف (استئناف مصر ٥ يناير سنة ١٩٤١ المجموعة الرسمية ٤٢ ص ١٦٩) . ولكن إذا لم يقدم طلب تضامن للقضاء للفصل فيه ضمن الدعوى الأصلية ، فلا مانع من رفع دعوى جديدة به (أسبوط الكلية ٢١ يناير سنة ١٩٣١ المحاماة ١١ رقم ٥٤٣ ص ١٠٦٤) .

على أى منهم بكل الدين ، ويقتضى لمن نفذ عليه بكل الدين حق الرجوع على الآخرين .

وإذا رفع الدائن الدعوى عليهم جميعاً ، جاز له رفعها فى أية محكمة تكون مختصة بنظر الدعوى بالنسبة إلى واحد منهم أياً كان ، إذ تنص الفقرة الثانية من المادة ٥٥ من تقنين المرافعات على أنه « إذا تعدد المدعى عليهم ، كان الاختصاص للمحكمة التى يقع بدائرتها موطن أحدهم » . أما إذا رفع الدعوى على كل منهم فى المحكمة التى بها موطنه فتنفرد الدعوى ، جاز لكل مدين أن يطلب إحالة دعواه إلى المحكمة التى رفعت أمامها أول دعوى ، فتتجمع على هذا النحو جميع الدعاوى أمام محكمة واحدة ، ثم يضم بعضها إلى بعض حتى لا تتضارب الأحكام (١) . وإذا رفع الدائن دعاوى مستقلة على المدينين المتضامنين أمام محكمة واحدة ، جاز للمصوم ، وجاز للمحكمة من تلقاء نفسها ، أن تأمر بضم هذه الدعاوى بعضها إلى بعض ليصدر فيها حكم واحد (٢) .

١٨٧ - هل يتقسم الدين بين ورثة المدين المتضامن : رأينا

فى التضامن الإيجابى أن الفقرة الثانية من المادة ٢٨٠ مدنى تنص على ما يأتى : « ومع ذلك لا يحول التضامن دون انقسام الدين بين ورثة أحد الدائنين المتضامنين ، إلا إذا كان الدين غير قابل للانقسام » (٣) . وقد كان المشروع التمهيدى للمادة ٢٨٤ (٤) تنص الفقرة الثانية منه ، فى صدد التضامن السلبى ، على ما يأتى : « ومع ذلك لا يحول التضامن دون انقسام الدين بين ورثة أحد المدينين المتضامنين ، إلا إذا كان الدين غير قابل للانقسام » (٥) ، فكان هناك

— هذا وهناك فرق بين مطالبة المدينين مجتمعين فى التزام متدد الأطراف (obligation conjointe) ومطالبتهم مجتمعين فى التزام تضامنى (obligation solidaire) . فى الحالة الأولى يحكم على كل من المدينين بمصته فى الدين فحسب ، أما فى الحالة الثانية فيحكم على كل من المدينين بكل الدين متضامناً فيه مع الآخرين .

(١) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢١٢ ص ٣٢٤ .

(٢) لارومبيير ٣ ١٢٠٤ فقرة ٢ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢١٢ ص ٣٢٤ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ١٣٤ .

(٤) وهى المادة ٤٠٨ من هذا المشروع .

(٥) انظر آنفاً فقرة ١٨٠ فى الهامش .

تقابل بين النصين . ولكن إذا كان هذا التقابل يصح في القانون الفرنسي ، حيث ينتقل الدين إلى ورثة المدين وينقسم عليهم كل بقدر حصته في الميراث (١) ، فإنه لا يصح في مصر حيث تقضى مبادئ الشريعة الإسلامية بأن الدين لا ينتقل إلى ورثة المدين ، بل تبقى التركة مشغولة عنه جميعه إذ لا تركة إلا بعد سداد الدين . من أجل ذلك حذفت لجنة المراجعة الفقرة الثانية المشار إليها في التضامن السلبى « لأنها لا تتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية في الميراث » (٢) .

فاذا مات أحد المدينين المتضامين ، بقيت تركته مشغولة بالدين جميعه ، ويجوز للدائن أن يرجع عليها به كاملاً (٣) ، ثم ترجع التركة على باقى المدينين المتضامين كل بقدر حصته في الدين كما كان يفعل المورث لو بقى حياً . ومن ثم يكون الدين في التضامن السلبى ، بفضل القاعدة الشرعية التى تقضى بألا تركة إلا بعد سداد الدين ، غير منقسم على ورثة المدين ، دون حاجة إلى أن يكون الدين نفسه غير قابل للانقسام (٤) .

(١) بلانول وريبير وجابولك ٧ فقرة ١٠٧٩ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٦٣ وانظر آنفاً فقرة ١٨٠ في الهامش . وانظر أيضاً فقرة ١١٩ في الهامش حيث نقلنا كيف يصور الأستاذ اسماعيل غانم انتقال الدين إلى ورثة المدين .

(٣) كما يجوز أن يرجع على كل وارث بحصته في دين مورثه بقدر ما أفاد من تركته (استئناف مصر ١٣ يناير سنة ١٩٢٣ المجموعة الرسمية ٤٣ رقم ١٩٢) . ولكن لا تضامن بين الورثة كما قلنا ، فإذا اتخذ الدائن اجراءات نزع الملكية ضد أحد الورثة بقدر حصته في الميراث ، كان عليه أن يتخذ نفس هذه الاجراءات ضد سائر الورثة كل بقدر حصته (استئناف مختلط ٣ يونيو سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١٨٠) .

(٤) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى الذى احتوى النص الملغى ما يأتى : « ويترتب على موت المدين التضامن انقسام الدين بين ورثته ، ما لم يكن غير قابل للانقسام ، فلو فرض أن مدينين ثلاثة التزموا على وجه التضامن بدين مقداره ٣٠٠ جنيه ، وتوفى أحدهم عن وارثين متكافئى للفرض ، فليس للدائن أن يطالب كلا منهما إلا بمبلغ ١٥٠ جنيه . ثم ما لبثت المذكرة الإيضاحية أن استدركت فقالت : « وهذا الحكم لا يتبع في الشريعة الإسلامية إذ هى لا تبيح انتقال الدين من طريق الميراث » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٦٦) . وهذا ما دعا لجنة المراجعة إلى حذف النص الذى كان يقضى بانقسام الدين على ورثة المدين كما سبق للقول .

١٨٨ - أوجه الدفع التي يحتاج بها المدين المتضامن : وتنص الفقرة

الثانية من المادة ٢٨٥ مدني ، كما رأينا ، على ما يأتي : « ولا يجوز للمدين الذي يطالبه الدائن بالوفاء أن يحتاج بأوجه الدفع الخاصة بغيره من المدينين ، ولكن يجوز له أن يحتاج بأوجه الدفع الخاصة به وبالأوجه المشتركة بين المدينين جميعاً » . وقد رأينا نصاً مقابلاً لهذا النص في التضامن الإيجابي (١) .

فإذا طالب الدائن أحد المدينين المتضامنين بالوفاء ، كان لهذا المدين أن يحتاج بأوجه الدفع الخاصة به وبأوجه الدفع المشتركة بين المدينين جميعاً ، ولكن ليس له أن يحتاج بأوجه الدفع الخاصة بمدين آخر .

أما أوجه الدفع الخاصة بالمدين المطالب بالوفاء فكثيرة متنوعة ، ذكرنا ما يقابلها في التضامن الإيجابي . فقد تكون الرابطة التي تربط هذا المدين بالدائن مشوبة بعيب في الرضاء لغلط أو تدليس أو إكراه ، أو ينقص في أهلية المدين . أو تكون هذه الرابطة قابلة للفسخ ، فيطالب المدين بفسخها . أو تكون قد انقضت بسبب غير الوفاء ، كالمقاصة واتحاد الذمة والإبراء والتقادم ، وهذه جميعها يحتاج بها المدين الذي قام السبب من جهته ويدفع بها مطالبة الدائن كما سنرى .

وأما أوجه الدفع المشتركة بين الدائنين جميعاً فكأن يكون العقد الذي أنشأ الالتزام التضامني باطلاً في الأصل ، لانعدام رضاء المدينين جميعاً أو لعدم توافر شروط المحل أو السبب أو لعيب في الشكل . أو يكون العقد قابلاً للإبطال لصالح جميع المدينين ، بأن يكون قد وقع عليهم جميعاً إكراه أو تدليس أو وقعوا جميعاً في غلط . أو يكون العقد قابلاً للفسخ ، بأن يكون الدائن مثلاً لم يف بما تعهد به كأن كان بائعاً لم يسلم المبيع للمشتري المتضامنين في الثمن ، فيكون لكل من هؤلاء المدينين المتضامنين حق المطالبة بفسخ البيع . أو يكون أحد المدينين قد وفى الدين كله فبرئت ذمة الجميع ، ويكون لكل منهم أن يحتاج بهذا الوفاء على الدائن .

(١) انظر آتفا فقرة ١٣٦ .

ولا يحتج المدين المطالب بالوفاء بأوجه الدفع الخاصة بغيره من المدينين المتضامنين (١)، كما إذا وقع تدليس أو إكراه على غيره أو وقع غيره في غلط فلا يحتج هو بذلك (٢). وكما إذا كان غيره ناقص الأهلية ، فلا يحتج هو بتقص أهلية هذا المدين . وكما إذا كان التزام غيره معلقاً على شرط أو مضافاً إلى أجل ، فلا يتمسك هو بهذا الدفع . وكما إذا قام سبب غير الوفاء لانقضاء التزام غيره ، فلا يحتج هو بهذا بالفسخ . وكما إذا قام سبب غير الوفاء لانقضاء التزام غيره ، فلا يحتج هو بهذا السبب إلا بقدر حصة هذا المدين على الوجه الذي سنفصله فيما يلي (٣) .

§ ٢ - انقضاء الدين بأسباب أخرى غير الوفاء

١٨٩ - المبرأ العام : في التضامن السليبي ، كما في التضامن الإيجابي ، إذا برئت ذمة أحد المدينين المتضامنين قبل الدائن بسبب غير الوفاء ، لم تبرأ ذمة

(١) استئناف وطني ١٨ إبريل سنة ١٩١٦ المجموعة الرسمية ١٧ ص ١٩٨ — استئناف أسبوط ١٤ نوفمبر سنة ١٩٣١ الهامة ١٢ رقم ٢٧٤ ص ٥٥٠ .
(٢) فإذا طالب الدائن أولاً من شاب رضاه عيب فأبطل هذا التزامه ، ثم رجع الدائن على مدين متضامن آخر لم يشب رضاه عيب ، فإنه يطالبه بكل الدين دون أن يستزل حصة من شاب رضاه العيب (لا روميير ٣ م ١٢٠٨ فقرة ١٠ — لوران ١٧ فقرة ٣٠٠ — بودري وبارد ٢ فقرة ١٢٤٤) .

(٣) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « الدائن في التضامن السليبي أن يطالب كلا من المدينين المتضامنين بالدين بأسره ، كما هو الشأن في التضامن الإيجابي . وله أن يطالب هؤلاء المدينين بالوفاء أمام القضاء ، مجتمعين أو منفردين . ولا يجوز لمن يطالب بالوفاء منهم ، على هذا الوجه ، أن يحتج إلا بأوجه الدفع الخاصة بشخصه — كالغلط أو الإكراه اللذين شابا رضاه — والأوجه المشتركة بين المدينين جميعاً — كما إذا كان الالتزام باطلا لعدم مشروعية السبب أو كما إذا كان قد انقضى بالوفاء . أما الدفع الخاصة بغيره من المدينين — كالغلط أو الفسخ أو الإكراه الذي شاب رضاه هؤلاء دون أن يؤثر في رضائه — فيمتنع عليه الاحتجاج بها » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٦٥ — ص ٦٦) . وقد فصل قننين الموجبات والعقود البنائي في المواد ٢٥ إلى ٢٨ أوجه الدفع المشتركة بين المدينين جميعاً وأوجه الدفع الخاصة بأحدهم (أنظر آنفاً فقرة ١٨٠ في الملحق) .

أنظر أيضاً ترتيباً منطقياً لأوجه الدفع المطلقة بطبيعة الالتزام ، والأوجه المشتركة بين جميع المدينين ، والأوجه الخاصة بأحدهم دون غيره ، في ييدان ولا جارد ٨ فقرة ٨٢٠ — فقرة ٨٢٥ .

الباقين إلا بقدر حصة المدين الذي برئت ذمته (١). وقد وضع التقنين المدني الجديد هذا المبدأ العام في صدد التضامن الإيجابي ، واقتصر عليه فيما يتعلق بهذا النوع من التضامن دون أن يطبقه تفصيلاً على الأسباب المختلفة لانقضاء الالتزام . أما في التضامن السلبي فقد عمد ، دون أن يصرح بالمبدأ ، إلى تطبيقه تطبيقاً تفصيلاً على هذه الأسباب ، لما لهذا التطبيق التفصيلي من أهمية عملية .

وقد قدمنا أن الأصل في ذلك أن روابط الدائن بالمدينين المتضامنين روابط متعددة ، وقد تنقضي رابطة منها بسبب غير الوفاء ولا تنقضي الروابط الأخرى إلا بقدر حصة من انقضت رابطة ، فلا يستطيع باقي المدينين أن يحتجوا على الدائن إلا بقدر هذه الحصة ، ويقتضون ملزمين بدفع باقي الدين .

ونستعرض مع التقنين المدني الجديد أسباب انقضاء الالتزام المختلفة غير الوفاء مع النصوص التشريعية الخاصة بكل سبب . وأسباب الانقضاء التي عرض لها التقنين الجديد هي التجديد والمقاصة وانحاد الذمة والإبراء والتقادم (٢).

(١) وذلك فيما عدا التجديد ، فسرى أنه يرى ذمة باقي المدينين المتضامنين إلا إذا احتفظ الدائن بحقه قبلهم .

(٢) وهناك ، غير هذه الأسباب ، الوفاء بمقابل واستحالة التنفيذ .
في الوفاء بمقابل ، إذا استوفى الدائن من أحد المدينين المتضامنين مقابلاً للدين ، انقضى الدين أصلاً كما ينقضى بالوفاء ، وبرئت ذمة المدينين الآخرين ، فيستطيع كل مدين منهم أن يحتج بهذا السبب متسكاً بانقضاء كل الدين ولا يقتصر على استئصال حصة من وفي المقابل . وهذا الحكم يخلف عن الحكم الذي أوردناه في الوفاء بمقابل لأحد الدائنين المتضامنين في التضامن الإيجابي (انظر آتياً فقرة ١٣٨ في الماشي) . والسبب في هذا الاختلاف أن في التضامن السلبي لا يوجد إلا دائن واحد ، وقد قبل أن يستوفى مقابلاً للدين ، فانقضى الدين بهذا القبول . أما في التضامن الإيجابي فيوجد دائنون متعددون ، ولم يقبل الوفاء بمقابل إلا أحد هؤلاء الدائنين ، فلا يفتقد الدائنون الآخرون بقبوله فيما يجاوز حصته (انظر الأستاذ عبد الحى حجازي ١ ص ٢٢٩) .

واستحالة التنفيذ لسبب أجنبي لا يد لأحد المدينين المتضامنين فيه يقضى الالتزام التضامني نفسه (م ٣٧٣ مدني) ، فبترأ ذمة جميع المدينين ، ويكون حكم استحالة التنفيذ هو حكم الوفاء بالدين وحكم الوفاء بمقابل . أما إذا استحالت التنفيذ بظن أحد المدينين المتضامنين أو بعد إدارته - كأن يكون اللاتون متضامنين في الالتزام بتسليم المبيع ثم هلك المبيع بظن أحدهم - فللمدين الذي صدر منه الخطأ يكون وحده مسئولاً عن رد الثمن والتعويض ، أما باقي المدينين فيكونون مسئولين عن رد الثمن وحده ، لأن البائع في القانون المصري يتحمل ثمة هلاك المبيع -

١٩٠ - التمييز : تنص المادة ٢٨٦ من التقنين المدني على ما يأتي :

« يترتب على تجديد الدين بين الدائن وأحد المدينين المتضامنين أن تبرأ ذمة باقي المدينين ، إلا إذا احتفظ الدائن بحقه قبلهم (١) » .

= قبل التسليم (انظر م ٤٣٧ مدني) . وتقضي المادة ١٢٠٥ من التقنين المدني الفرنسي بأن باق المدينين يكونون مسئولين عن رد الدين دون التمييز ، ولكن الفقه الفرنسي ينتقد هذا الحكم (انظر بودري وبارد ٢ فقرة ١٢٢٤) ، لأن البائع في القانون الفرنسي لا يتحمل تبعه هلاك المبيع بسبب أجنبي قبل التسليم ، وهلاك الشيء بخطأ أحد المدينين المتضامنين يجب اعتباره هلاكاً بسبب أجنبي بالنسبة إلى الباقي (انظر الأستاذ اسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ٢٠٤ ص ٢٩١ هامش رقم ١ وانظر ما يلي فقرة ١٩٧) .

وقد يحول الدائن حقه قبل أحد المدينين المتضامنين إلى محال له دون أن يستبقى حقه قبل المدينين الآخرين . والظاهر أنه عند تمام الحوالة في هذه الحالة يحل المحال له مكان الدائن الأصل ، لأن الحق ينتقل إليه مع ضماناته والتضامن من أهمها ، فيصبح المدينون المتضامنون جميعاً مدينين للمحال له ، ولأى منهم أن يتمسك بالحوالة قبل الدائن الأصل (انظر في هذا المعنى دريدا Derrida أنسيلويدي دالوز « لفظ solidarité فقرة ٨٠) . أما إذا حول الدائن حقه قبل أحد المدينين المتضامنين واشترط استبقاء حقه قبل المدينين الآخرين ، فقد سبقت الإشارة إلى أن الدائن الأصل في هذه الحالة يستبقى حلقته هؤلاء المدينين ، ويصبح هو والمحال له دائنين لهم بالتضامن (انظر آنفاً فقرة ١٢٧ في الهامش) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٤١٠٠ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٢٩٨ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٢٨٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٦٧ — ص ٦٩) .

ومقابل النص في التقنين المدني السابق المادة ١٩٠/١٥٤ ونصها ما يأتي : « لا يصح في أى حال من الأحوال السالفة نقل التأمينات الشخصية كالكفالة والتضامن إلا برضاء الكفلاء والمتضامنين » . والتقنين السابق باشتراط قبول المدينين المتضامنين بالتجديد يتفق في الحكم مع التقنين الجديد .

ومقابل في التأمينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢٨٦ (وهي مطابقة) - التقنين المدني الليبي م ٢٧٣ (وهي مطابقة) - التقنين المدني العراقي م ٢٢٣ (وهي مطابقة) - تقنين الموجبات والنفود اللبناني م ٣١ ونصها ما يأتي : « إن تجديد الموجب بين الدائن وأحد الموجب عليهم يبرئ ذمة الآخرين إلا إذا رضى هؤلاء بالتزام الموجب الجديد . أما إذا اشترط الدائن قبول المدينين واستنع هؤلاء ، فالموجب السابق لا يسقط » (والتقنين اللبناني يتفق في الحكم مع التقنين المصري) .

ونفرض هنا أن الدائن اتفق مع أحد المدينين المتضامين على تجديد الدين . وهذا التجديد إما أن يكون بتغيير الدين ، إذا اتفق الطرفان على أن يستبدلا بالالتزام الأصلي التزاماً جديداً يختلف عنه في محله أو في مصدره . وإما أن يكون بتغيير المدين ، إذا اتفق الدائن مع أجنبي على أن يكون هذا الأجنبي ملعباً مكان المدين الأصلي وعلى أن تبرأ ذمة المدين الأصلي دون حاجة إلى رضائه ، أو إذا حصل المدين على رضاء الدائن بشخص أجنبي قبل أن يكون هو المدين الجديد . وإما أن يكون بتغيير الدائن ، إذا اتفق الدائن والمدين وأجنبي على أن يكون هذا الأجنبي هو الدائن الجديد .

وسواء كان التجديد بتغيير الدين أو بتغيير المدين أو بتغيير الدائن ، فإنه يترتب عليه أن ينقضى الالتزام الأصلي بتوابعه وأن ينشأ مكانه التزام جديد (م ١/٣٥٦ مدني) . وتنص الفقرة الثانية من المادة ٣٥٦ مدني على ما يأتي : « ولا ينتقل إلى الالتزام الجديد التأمينات التي كانت تكفل الالتزام الأصلي ، إلا بنص في القانون ، أو إلا إذا تبين من الاتفاق أو من الظروف أن نية المتعاقدين قد انصرفت إلى ذلك » . ثم تنص المادة ٣٥٨ مدني على أنه « لا ينتقل إلى الالتزام الجديد الكفالة عينية كانت أو شخصية ولا التضامن ، إلا إذا رضى بذلك الكفلاء والمدينون المتضامنون » .

وزي من هذه النصوص أن التجديد يقضي الدين القديم على وجه قاطع ، ويقيم مكانه ديناً جديداً يختلف في صفاته وفي توابعه وفي تأميناته عن الدين القديم . ومن أهم تأمينات الدين القديم هو هذا التضامن الذي كان قائماً بين المدينين جميعاً ، فينقضى بانقضاء الدين القديم . بل لا ينقضى التضامن وحده ، وإنما ينقضى الالتزام التضامني ذاته بالتجديد ، فتبرأ ذمة المدينين المتضامين جميعاً : لازمة المدين الذي أجرى التجديد مع الدائن فحسب ، بل أيضاً تبرأ ذمة باقي المدينين المتضامين .

وهذه نتيجة بعيدة المدى ، يبررها أن التجديد حاسم في قضاء الدين القديم بكل مشخصاته ومقوماته ، وفي إحلال دين جديد محله لا يشترك مع الدين القديم في شيء من هذه الشخصات والمقومات . ويستخلص من ذلك أن الدائن الذي جدد الدين مع أحد المدينين المتضامين يفترض فيه أن نيته قد انصرفت إلى

قضاء الدين القديم وما يستتبع ذلك من براءة ذمة جميع المدينين المتضامنين ، واقتصر على الدين الجديد محل محل الدين القديم . فاذا كان يريد استبقاء الدين القديم في ذمة باقي المدينين المتضامنين ، أمكنه قبل أن يجرى التجديد أن يتفق مع هؤلاء المدينين على بقاء الدين القديم في ذمتهم . وعند ذلك لا ينقضى الدين القديم إلا بالنسبة إلى المدين الذي جدد الدين معه ، ويبقى هذا الدين في ذمة باقي المدينين . وله في هذه الحالة أن يرجع على كل منهم بالباقي من الدين بعد استئزال حصة المدين الذي أجرى معه التجديد ، فيتفق التجديد عندئذ في الحكم مع سائر أسباب انقضاء الالتزام بغير الوفاء على ما سئرى . بل يتفق حكمه هنا في التضامن السلبي مع حكمه هناك في التضامن الإيجابي ، وقد رأينا في التضامن الإيجابي أنه إذا جدد الدين بين أحد الدائنين المتضامنين والمدين فلا يجوز للمدين أن يحتج بهذا التجديد على باقي الدائنين المتضامنين إلا بقدر حصة الدائن الذي أجرى التجديد معه (١) .

وإذا أراد الدائن أن ينقل التضامن إلى الدين الجديد ، فعليه أن يحصل على موافقة باقي المدينين المتضامنين على أن يلتزموا متضامنين بهذا الدين . فاذا لم يوافقوا على ذلك وكان الدائن قد اشترط لتمام التجديد موافقتهم ، فإن التجديد لا ينعقد ، ويظل الالتزام التضامني القديم قائماً (٢) .

أما إذا كان الدائن لم يتفق مع باقي المدينين ، لا على أن يبقوا ملتزمين بالدين القديم ، ولا على أن يتضامنوا في الالتزام بالدين الجديد ، بل أجرى التجديد دون قيد ولا شرط ، فقد افترض المشرع افتراضاً معقولاً أن نية الدائن قد انصرفت إلى إبراء ذمة المدينين المتضامنين من الالتزام التضامني القديم . على أن هذا الافتراض قابل للدحض ، فيجوز للدائن وقت إجراء التجديد أن يفصح عن نيته بأنه لا يقصد من هذا التجديد أن يبرئ ذمة باقي المدينين المتضامنين ، بل قصد

(١) انظر آنفاً فقرة ١٣٨ . والفرق بين التضامن الإيجابي والتضامن السلبي في حكم التجديد يرجع إلى أن التجديد لا يتم في أية حالة من حالاته الثلاث إلا برضاء الدائن ، ولما كان الدائن متعدداً في التضامن الإيجابي فلا يجوز أن يسرى التجديد الذي قبله أحد الدائنين في حق الباقين الذين لم يقلوه إلا بقدر حصة الدائن الذي قبل .

(٢) انظر في هذا المعنى المادة ٣١ من تقنين الموجبات والوفود البناني .

أن يرى ذمة المدين الذى أجرى معه التجديد هو وحده من الدين القديم .
فيكون الدائن بذلك قد احتفظ بحقه قبلهم - أى قبل باقى المدينين المتضامنين -
كما هو صريح نص العبارة الأخيرة من المادة ٢٨٦ مدنى . ويستوى الحكم فى هذه
الحالة مع الحكم فى حالة ما إذا كان الدائن قد اتفق مع باقى المدينين المتضامنين
على بقاء الدين القديم فى ذمتهم ، وهى الحالة التى ذكرناها فيما تقدم . ف سواء اتفق
الدائن مع باقى المدينين المتضامنين على بقاء الدين القديم فى ذمتهم ، أو اقتصر
على مجرد الاحتفاظ بالدين القديم فى ذمتهم دون اتفاق معهم ، فالحكم واحد
فى الحالتين : يتقضى الدين القديم بالنسبة إلى المدين الذى أجرى التجديد وحده ،
ويبقى هذا الدين فى ذمة الباقيين ، ويكون للدائن أن يرجع على أى من هؤلاء
بالدين بعد استئزال حصة المدين الذى أجرى معه التجديد . ويتفق عندئذ حكم
التجديد مع حكم سائر أسباب انقضاء الالتزام بغير الوفاء ، كما يتفق حكم التجديد
فى التضامن السلبى مع حكم التجديد فى التضامن الإيجابى (١) .

١٩١ - المقاصة : تنص المادة ٢٨٧ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« لا يجوز للمدين المتضامن أن يتمسك بالمقاصة التى تقع بين الدائن ومدين
متضامن آخر ، إلا بقدر حصة هذا المدين » (٢) .

(١) ونقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « يترتب على اتفاق
الدائن مع أحد المدينين المتضامنين حل تجديد الدين أو استبداله انقضاء الالتزام القديم وبرادة
ذمة باقى المدينين منه ، ما لم يرفض هؤلاء الارتباط بالتعهد الجديد . فإذا لم يرفضوا ذلك وكان
الدائن قد اشترط رضاهم ، فلا يتعد التجديد ويظل الالتزام القديم قائماً : انظر فى هذا المعنى
المادتين ١٨١/١٧١ من التقنين الفرنسى والمراكشى المادة ٣١ من التقنين اللبناى والمادة ١٣٧
من المشروع الفرنسى الإيطالى . ويختلف الحكم بعض الاختلاف فيما يتعلق بالتضامن الإيجابى ،
فالتجديد الذى يتعد بين دائن من الدائنين المتضامنين والمدين لا يرى هذا المدين قبل باقى الدائنين ،
ولكنه يستتبع انقضاء الدين القديم بالنسبة لذلك الدائن وحده ، أما الدائنون الذين لم يكونوا
طرفاً فى التجديد فيظل الدين القديم قائماً بالنسبة لهم ، ويكون لكل منهم أن يطالب بهذا الدين
بعد استئزال حصة الدائن الذى ارتضى هذا التجديد : انظر المادة ١٥٥ من المشروع الفرنسى
الإيطالى » (مجموعة الأعمال التوضيحية ٣ ص ٦٨) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٤١١ من المشروع التمهيدى على وجه
مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٢٩٩ من-

والمفروض هنا أن مقاصة قانونية وقعت بين الدائن وأحد المدينين المتضامنين في الالتزام التضامني . ونفرض لتصور ذلك أن هذا الالتزام مقداره

= المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب، فجلس الشيوخ تحت رقم ٢٨٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٦٩ — ص ٧١) .

ويقابل هذا النص في التفتين المدف السابق المادتين ١١٣ / ١٦٩ و ٢٠١ / ٢٦٥ ، وهذا نص كل منها : م ١١٣ / ١٦٩ : « لا يجوز لأحد المدينين المتضامنين لبعضهم في الدين أن يحتج بالمقاصة الحاصلة لغيره من المدينين مع الدائن . وإذا اتحدت الذمة بأن اتصف الدائن أو أحد المدينين الضامنين لبعضهم بصفى دائن ومدى في آن واحد بدين واحد ، جاز لكل من المدينين التمسك بهذا الاتحاد بقدر الحصة التي تخص شريكهم في الدين » . ويفهم من هذا النص ضمناً ، وبمفهوم المخالفة ، أن المقاصة - خلافاً لاتحاد الذمة - لا يحتج بها المدينون الآخرون حتى بقدر حصة المدين الذي وقعت المقاصة معه . غير أن المادة ٢٠١ / ٢٦٥ تنص على ما يأتي : « ولا يجوز لأحد المدينين المتضامنين أن يتمسك بالمقاصة المستحقة لباقي المدينين المذكورين إلا بقدر حصتهم في الدين » . وهذا الحكم التامضي بأن المدينين الآخرين أن يحتجوا بالمقاصة بقدر حصة المدين الذي وقعت المقاصة معه يتعارض مع الحكم السابق الذي تقضي به المادة ١١٣ / ١٦٩ سالف الذكر . وقد ذهبنا في عهد التفتين المدف السابق ، أمام هذا التناقض ، إلى إعمال المادة ٢٠١ / ٢٦٥ دون المادة ١١٣ / ١٦٩ ، وتحويل المدينين المتضامنين للباقيين الحق في أن يتمسك كل منهم بالمقاصة بقدر حصة المدين الذي وقعت معه هذه المقاصة . وكنتنا في الموجز في هذا الصدد ما يأتي : « أما المقاصة فقد تقع بين أحد المدينين المتضامنين والدائن . فإذا كان (أ) و (ب) مدينين متضامنين بمبلغ ثلثائة جنيه ، ثم أصبح (أ) دائناً بمبلغ ثلثائة جنيه لدائن نفسه ، وأراد هذا الدائن الرجوع على (أ) ، فلا شك في أن (أ) يستطيع أن يتمسك بالمقاصة . ولكن هب أن الدائن لم يرجع على (أ) ورجع على (ب) ، فهل يستطيع (ب) أن يتمسك بالمقاصة التي وقعت بين الدائن والمدين (أ) ؟ تجيب المادتان ١١٣ / ١٦٩ بما يأتي « لا يجوز لأحد المدينين المتضامنين لبعضهم في الدين أن يحتج بالمقاصة الحاصلة لغيره من المدينين مع الدائن » . ويفهم من ذلك أن (ب) في الفرض المتقدم لا يستطيع أن يتمسك بالمقاصة التي وقعت بين الدائن والمدين (أ) ، لا بالنسبة لكل الدين ولا بالنسبة لحصة (أ) من هذا الدين ... هذا هو المفهوم من النص ، ويؤيد هذا الفهم أنه متفق مع الحكم الذي نص عليه القانون المدف القرضي في هذه الحالة (م ١٢٩٤) . ويؤيده أيضاً أن العبارة الأخيرة في المادتين ١١٣ / ١٦٩ تجيز في حالة اتحاد الذمة ، مغايرة حالة المقاصة ، أن يتمسك المدين المتضامن باتحاد الذمة بقدر الحصة التي تخص شريكه في الدين كما سرى . إلا أن التفريق بين المقاصة واتحاد الذمة لا مسوغ له ، وما دام المدين المتضامن أن يتمسك باتحاد الذمة بقدر الحصة التي تخص شريكه في الدين ، وجب أيضاً أن يكون المدين المتضامن حق التمسك بالمقاصة بقدر حصة المدين الذي وقعت معه هذه المقاصة ، فيجوز في الفرض المتقدم أن يتمسك (ب) بالمقاصة بقدر حصة (أ) في الدين ، ولا يرجع عليه الدائن إلا بنصف الدين . وهذا هو الحكم الصحيح الذي يجب أن نقف منه ، والذي -

ثلثائة ، وأن المدينين التضامنين ثلاثة حصصهم في الدين متساوية ، وظهر أن للأول منهم على الدائن ثلثائة - سواء كان هذا الدين لاحقاً للالتزام التضامني أو سابقاً عليه - فوقعت المقاصة بينه وبين الدائن .

فاذا رجع الدائن على المدين الأول الذي وقعت معه المقاصة ، تمسك هذا بانقضاء الدين قصاصاً . فيعتبر الدين متقضيّاً ، لا بالنسبة إلى هذا المدين وحده ، بل بالنسبة إليه وإلى المدينين الآخرين ما دام الدائن قد طالب المدين الأول . ويكون لهذا المدين أن يرجع على شريكه في الدين كل منهما بمائة ، لأنه يكون في حكم من وفى الدين ، وقد وفاه فعلاً بطريق المقاصة ، فله حق الرجوع .

أما إذا اختار الدائن أن يطالب بالمدين أحد المدينين الآخرين ، فليس للمدين المطالب أن يتمسك بالمقاصة التي وقعت مع المدين الأول إلا بقدر حصة هذا المدين (١) ، أى بمقدار مائة من ثلثائة ، وعليه أن يوفى الدائن

= أراد المشرع المصري ، فنص عليه في المادتين ٢٦٥/٢٠١ : « ولا يجوز لأحد المدينين التضامنين أن يتمسك بالمقاصة المستحقة لباقي المدينين المذكورين إلا بقدر حصتهم في الدين » . فرجع بذلك عن الحكم الذي نص عليه في المادتين ١١٣/١٦٩ . ونحن نرى أمام هذا التناقض أن المادتين ٢٦٥/٢٠١ تنسخان المادتين ١١٣/١٦٩ . (الموجز للمؤلف ص ١٦٠ - ص ١٧٠) .

وتقابل المادة ٢٨٧ من التقنين المدني المصري في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٢٨٧ (مطابقة) - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٢٧٤ (مطابقة) - وفي التقنين المدني العراقي المادة ٣٢٤ (مطابقة) - وفي تقنين الموجبات والمقود البتاني المادة ٣٧ ونصها ما يأتي : « إذا وجد التضامن بين المدينين ، أمكن كلا منهم أن يبرئ ذمة الآخرين جميعاً : ١ - . . . ٢ - بإجراء المقاصة على دين له في ذمة الدائن مقابل مجموع الدين » . ومن ذلك نرى أن التقنين البتاني - خلافاً للتقنينات العربية الأخرى - يجعل الحق لكل مدين متضامن أن يتمسك بالمقاصة التي وقعت بين الدائن ومدين متضامن آخر ، لا فحسب بقدر حصة هذا المدين المتضامن ، بل أيضاً بالدين كله ، فبإبراء ذمة جميع المدينين التضامنين بهذه المقاصة ، ويكون المقاصة حكم وفاء الدين . وقد خالف التقنين البتاني في حكمه هذا ، لا التقنينات العربية فحسب ، بل خالف أيضاً التقنين المدني الفرنسي الذي يسترشد به عادة ، فإن هذا التقنين (م ١٢٩٤) لا يميز لباقي المدينين أن يتمسكوا بالمقاصة أصلاً ، حتى ولو بقدر حصة المدين الذي وقعت المقاصة معه .

(١) والفرق بين انقضاء الدين بالوفاء حيث يجوز لباقي المدينين أن يتمسكوا بنفسه في كل الدين ، وبين انقضائه بسبب آخر غير الوفاء حيث لا يجوز لباقي المدينين أن يتمسكوا بسبب =

مائتين ، ثم يرجع على المدين الثالث بمائة هي حصته في الدين ، ولا يرجع على المدين الأول بشيء لأنه لم يدفع شيئاً لحسابه (١) . فيكون المدين الثاني في نهاية الأمر قد تحمل حصته في الدين وهي مائة ، وكذلك المدين الثالث قد تحمل مائة ، حصته في الدين ، يرجوع المدين الثاني عليه كما قدمنا . ويبقى المدين الأول الذي وقعت معه المقاصة ، فهذا قد استنزّل الدائن حصته في الدين وهي مائة عندما رجع على المدين الثاني . فينتهي أمر الدائن مع المدين الأول إلى الوضع الآتي : عليه لهذا المدين ثلثائة ، وله مائة هي التي استنزّلها من الالتزام التضامني ، فتقع المقاصة بمقدار المائة ، ويبقى للمدين الأول على الدائن مائتان . فيستوفي المدين الأول المائتين من الدائن ، بعد أن نزل له عن مائة هي حصته في الدين الذي تضامن فيه مع شريكه (٢) .

= الانقضاء إلا بقدر حصة المدين الذي قام به هذا السبب ، أن الدائن بالوفاء يكون قد حصل على كل حقه ، فليس له أن يطالب بشيء بعد ذلك . أما في غير الوفاء من أسباب الانقضاء ، فإن الدائن لا يكون قد حصل فعلاً على حقه ، فلا يكون للانقضاء أثره إلا في الرابطة التي تربطه بالمدين الذي قام به سبب الانقضاء دون غيرها من الروابط التي تربطه بالمدينين التضامنين الآخرين وهي روابط مستقلة عن الرابطة الأولى . وقد قدمنا مثل هذه الاعتبارات في صدد التضامن بين الدائنين (أنظر آنفاً فقرة ١٣٧ في الماثل) .

(١) أما في القانون الفرنسي فقد قضت المادة ١٢٩٤ من التفتين المدني الفرنسي بأنه لا يجوز للمدين التضامن أن يتمسك بالمقاصة التي وقعت مع مدين متضامن آخر ، حتى ولو بقدر حصة هذا المدين . والفقهاء الفرنسيون الذين يؤيدون هذا الحكم يعطونه بكراهية المشرع لأن يتدخل المدين في شؤون مدين آخر تدخلا تصل إلى حد تمكينه من الدفع بمقاصة وقعت بين هذا المدين الآخر والدائن (ديمولومب ٢٦ فقرة ٤٠١ - لوران ١٧ فقرة ٣٣٩ - بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٥٠ - بلانيول وريبير وجاويله ٧ فقرة ١٠٧٨ ص ٤٤٨ - كولان وكايتان ٢ فقرة ٧٠٠ ص ٤٧٤ - بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ١٨٧٠ ص ٦٠٦ - وانظر تعليلا آخر لأوبري ورو ٤ فقرة ٢٩٨ مكررة ثالثاً هامش رقم ١٨) . ولكن الفقه الفرنسي لا يؤيد كله هذا الحكم ، بل يلحظ بعض الفقهاء إلى وجوب استنزال حصة المدين الذي وقعت معه المقاصة عند رجوع الدائن على المدينين الآخرين (ديранتون ١٢ فقرة ٤٢٩ - فقرة ٤٣٠ - توليه ٦ فقرة ٧٣٣ و ٧ فقرة ٢٧٧ - ماركاديه ٥ فقرة ٨٣٩ - لارومبير ٣ م ١٢٠٨ فقرة ٥) .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في هذا الصدد : « تبرأ دمة من حقوق من المدينين التضامنين إلى الاحتجاج بالمقاصة على الدائن . ويكون له أن يرجع على باقي المدينين كل بقدر حصته . ولكن إذا عد الدائن إلى مطالبة هؤلاء المدينين ، فله أن يقتضى كلا -

١٩٢ - اتحاد الزمة : تنص المادة ٢٨٨ من التقنين المدني على ما يأتي :

« إذا اتحدت الزمة بين الدائن وأحد مدينيه المتضامنين ، فافى الدين لا ينقضى بالنسبة إلى باقى المدينين إلا بقدر حصة المدين الذى اتحدت ذمته مع الدائن » (١) .
وقد تنحل الزمة بين الدائن وأحد مدينيه المتضامنين ، ونستعرض فى ذلك صورتين :

(الصورة الأولى) أن يموت الدائن فبرثه هذا المدين . ونفرض أن الدين ثلثائة ، وأن المدينين المتضامنين الثلاثة حصصهم متساوية كما فى المثال السابق ، وأن المدين الذى ورث الدائن هو الوارث الوحيد . فتكون الزمتان قد اتحدتا فى شخص المدين ، وانقضى الدين باتحاد الزمة . فاذا اعتبر المدين نفسه مديناً قد وفى الالتزام التضامنى عن نفسه وعن المدينين الآخرين عن طريق اتحاد الزمة ، كان له أن يرجع على شريكه كل بمقدار حصته ، فيرجع بمائة على كل

= منهم جملة الدين بعد استئزال حصة المدين الذى وقع القصاص معه : انظر ما بين المسادتين ٢٦٥/٢٠١ و ١٦٩/١١٣ من التقنين الحالى (السابق) من تناقص ملحوظ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٧٠) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٤١٢ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٠٠ من المشروع التهاى . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٢٨٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٧١ و ص ٧٣) .

ويقابل النص فى التقنين المدني السابق المادة ١٦٩/١١٣ والمادة ٢٦٧/٢٠٣ . وتنص المادة ١٦٩/١١٣ هل ما يأتى : « ... وإذا اتحدت الزمة بأن اتصف الدائن أو أحد المدينين التضامنين لبعضهم بصفى دائن ومدين فى آن واحد بدين واحد ، جاز لكل من المدينين التمسك بهذا الاتحاد بقدر الحصة التى تخص شريكهم فى الدين » . وتنص المادة ٢٦٧/٢٠٣ على ما يأتى : « اتحاد الزمة يبره الكفلاء فى الدين ، ولا يخل المدينين المتضامنين إلا بقدر ما ينص من اتحدت فيه الزمة من المدينين » . والحكم واحد ، كما نرى ، فى التقنينين القديم والجديد .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٢٨٨ (مطابقة) — وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٢٧٥ (مطابقة) — وفى التقنين المدنى العراقى (المادة ٣٢٥) (مطابقة) — وفى تقنين الموجبات والمقود اللبئانى المادة ٣٥ ونصها ما يأتى : « إن اجتماع صفى الدائن والمدينون فى شخص الدائن أو فى شخص أحد المدينين لا يسقط الموجب إلا فيما يخص بحصة هذا المدين » . وهذا الحكم مطابق لحكم التقنين المدنى المصرى .

منهما . وإذا اعتبر المدين نفسه قد ورث الدائن فأصبح دائئاً مكانه في الالتزام التضامنى - وهذا هو أفضل الاعتبارين بالنسبة إليه - كان له أن يطالب أياً من المدينين المتضامنين الآخرين بالدین بعد أن يستزل حصته هو فيه ، فيستوفى من أى منها مائتين ، ويرجع المدين الذى وفى المائتين على شريكه بحصته فى الدين وهى مائة . وهذا مايقضى به نص المادة ٢٨٨ سالفه الذكر .

(الصورة الثانية) أن يموت المدين فيرثه الدائن . ولو كان الوارث ينتقل إليه دين مورثه ، لا تحدث الذمتان ، ولكنهما تتحدان هنا فى شخص الدائن وبقدر حصة المدين فى الدين . ويبقى للدائن بعد ذلك أن يطالب أياً من المدينين المتضامنين الباقين بمائتين ويكون بذلك قد استزل حصة المدين الذى ورثه وهى مائة . ونصل إلى نفس النتيجة علمياً لو طبقنا أحكام الشريعة الإسلامية ، حيث لا ينتقل إلى الوارث دين مورثه . ذلك أن الدائن فى هذه الحالة ، ولو لم ينقض الدين باتحاد الذمة وبقيت التركة مشتولة عنه ؛ لا يستطيع أن يطالب أياً من المدينين المتضامنين الآخرين بأكثر من مائتين ، إذ لو طالبه بكل الدين وهو ثلثائة لجاز للمدين أن يطلب استزال مائة هى حصة التركة التى ورثها الدائن (١) .

(١) وإذا كانت التركة ممسرة إصاراً جزئياً ، فلم يستطع الدائن الوارث أن يحصل منها إلا على خسين ، فإنه يرجع بالباقي من الدين وهو مائتان وخسون على أى من المدينين الآخرين (الأستاذ إسماعيل غانم أحكام الالتزام ص ٢٨٤ هامش رقم ١) .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد اتحاد الذمة : « يواجه هذا النص حكم اتحاد الذمة بين الدائن وأحد مدينه المتضامنين . ويتحقق ذلك إما من طريق خلافة الثانى للأول ، وإما من طريق خلافة الأول لثانى . وفى كلتا الحالتين لا ينقض الدين إلا بقدر حصة هذا المدين فيه . بيد أن للمدين فى الحالة الأولى ، عندما تقوم به صفة الخلافة عن الدائن ، أن يرجع على باقى المدينين بصفتين : فله أن يرجع على كل منهم بقدر حصته بوصفه مديناً من بينهم ، وله كذلك أن يرجع على كل منهم بمجملة الدين بعد استزال حصته بوصفه دائئاً له إذ المفروض أنه أصبح خلفاً لهذا الدائن . أما فى الحالة الثانية ، حيث تقوم بالدائن صفة الخلافة عن الدين ، فيستبقى الدائن حقه فى الرجوع على كل من المدينين المتضامنين بمجملة الدين بعد استزال حصة هذا المدين . ويراعى أن هذه الحالة لا تتحقق فى ظل أحكام الشريعة الإسلامية ، حيث يظل للدائن بعد موت مورثه المدين حق الرجوع بالدين كاملاً على التركة وعلى كل من المدينين الآخرين » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٧٢) .

١٩٣- الإبراء : تنص المادة ٢٨٩ من التقنين المدني على ما يأتي :

« ١ - إذا أبرأ الدائن أحد المدينين المتضامين ، فلا تبرأ ذمة الباقي إلا إذا صرح الدائن بذلك » .

« ٢ - فإذا لم يصدر منه هذا التصريح ، لم يكن له أن يطالب باقي المدينين المتضامين إلا بما يبقى من الدين ، بعد خصم حصة المدين الذي أبرأه ، إلا أن يكون قد احتفظ بحقه في الرجوع عليهم بكل الدين . وفي هذه الحالة يكون لهم حق الرجوع على المدين الذي صدر الإبراء لصالحه بحصته في الدين » .
وتنص المادة ٢٩٠ على ما يأتي :

« إذا أبرأ الدائن أحد المدينين المتضامين من التضامن ، بقي حقه في الرجوع على الباقيين بكل الدين ، ما لم يتفق على غير ذلك » .

وتنص المادة ٢٩١ على ما يأتي :

« ١ - في جميع الأحوال التي يبرئ فيها الدائن أحد المدينين المتضامين سواء أكان الإبراء من الدين أم من التضامن ، يكون لباقي المدينين أن يرجعوا عند الاقتضاء على هذا المدين بنصيبه في حصة المعسر منهم وفقاً للمادة ٢٩٨ » .
« ٢ - على أنه إذا أدخل الدائن المدين الذي أبرأه من كل مسئولية عن الدين ، فإن الدائن هو الذي يتحمل نصيب هذا المدين في حصة المعسر » (١) .

(١) تاريخ النص :

م ٢٨٩ : ورد هذا النص في المادة ٤١٣ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة تحت رقم ٣٠١ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب فجلس الشيوخ ، تحت رقم ٢٨٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٧٤ - ص ٧٥) .

م ٢٩٠ : ورد هذا النص في المادة ٤١٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٠٢ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٢٩٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٧٦) .

م ٢٩١ : ورد هذا النص في المادة ٤١٥ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدى تضمن العبارة الآتية في الفقرة الثانية من النص : «عل أنه إذا ثبت أن الدائن أراد أن يدخل المدين الذي أبرأه من أية مسئولية

= عن الدين ... » ، فعدلت هذه العبارة في لجنة المراجعة على الوجه الذي استقر في التقنين المدني الجديد « توغيا لإيراد الحكم في صورته الموضوعية دون أن تختص مسألة الإثبات بالذكر » . وأصبحت المادة رقمها ٣٠٣ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٢٩١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٧٧ و ص ٨١) .

وتقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق النصوص الآتية :

م ١٧٠/١١٤ : إذا أبرأ الدائن ذمة أحد مدينيه المتضامنين ، ساغ لغيره من المدينين التمسك بذلك بقدر حصته من حصل أبرأ ذمته فقط ، ما لم يكن الإبراء عاما للجميع ثابثاً إذ لا يحكم فيه بالظن .

م ٢٤٥/١٨٢ : وإبراء ذمة أحد المدينين المتضامنين يعتبر قاصراً على حصته فقط، وينتقص الدين بقدرها فقط .

م ٢٤٦/١٨٣ : لا يجوز لباقي الشركاء المتضامنين في الدين أن يطالبوا شريكهم الحاصل له الإبراء إلا بقدر حصته الشركاء المعسرين إذا اقتضت الحال ذلك .

وهذه الأحكام متفقة مع أحكام التقنين المدني الجديد . ولم يورد التقنين المدني السابق حالة الإبراء من التضامن ، وأوردها التقنين المدني الجديد في المادة ٢٩٠ كما رأينا . ولكن التقنين الجديد لم يورد في هذا الشأن إلا ما هو متفق مع القواعد العامة ، فحكم الإبراء من التضامن في التقنين القديم متفق مع حكمه في التقنين الجديد : الموجز للمؤلف ص ٥١٨) .

وتقابل النصوص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٢٨٩—

٢٩١ (مطابقة) — وفي التقنين المدني الليبي م ٢٧٦ — ٢٧٨ (مطابقة) — وفي التقنين

المدني العراقي م ٣٢٦ — ٣٢٨ (وهي مطابقة ، فيما عدا أن المادة ٣٢٦ عراقي — وهي

المقابلة المادة ٢٨٩ مصري — لاتورد في فقرتها الثانية العبارة الأخيرة الواردة في التقنين

المصري : « إلا أن يكون قد احتفظ بحقه في الرجوع عليهم بكل الدين » ، وفي هذه الحالة يكون

لم حق الرجوع على المدين الذي صدر الإبراء لصالحه بحصته في الدين » . وهذه العبارة ليست

إلا تطبيقاً للقواعد العامة ، فيمكن الأخذ بها في العراق دون نص) — وفي تقنين الموجبات

والعقود البنائي النصوص الآتية : م ٣٢ — إن إسقاط الدين على أحد المدينين المتضامنين

يستفيد منه سائر المدينين عليهم ، إلا إذا كان الدائن قد صرح بأنه لا يريد إسقاط الدين إلا عن

ذلك المدين وعلى قدر حصته منه ، فتستفيد لا يستفيد المدينون الآخرون إلا بنسبة حصته المدينون

المبرأة ذمته (وفي هذا يختلف التقنين البنائي عن التقنين المصري ، في التقنين المصري ، كما

رأينا ، إذا أبرأ الدائن أحد المدينين المتضامنين فلا تبرأ ذمة الباقيين إلا إذا صرح الدائن بذلك .

أما في التقنين البنائي فإبراء ذمة أحد المدينين المتضامنين يبرئ ذمة الباقيين ، ما لم يصرح الدائن

أنه لم يرد إلا إبراء المدين بقدر حصته) — م ٣٣ : إن الدائن الذي يرضى بتجزئة الدين لمصلحة

أحد المدينين يبقى له حق الادعاء على الآخرين بمجموع الدين ، إذا لم يشترط العكس (هذا

النص موافق في الحكم المادة ٢٩٠ مصري) — م ٣٧ : إذا وجد التضامن بين المدينين أمكن

كلا منهم أن يبرئ ذمة الآخرين جميعاً . . . بأن ينال من الدائن إسقاط مجموع الدين (ولا

يختلف الحكم في القانون المصري عن هذا الحكم) — م ٤٢ : يزول التضامن حين يسقطه

الدائن — م ٤٣ : يكون إسقاط التضامن إما عاماً وشاملاً لجميع المدينين ، وإما شخصياً =

وهذه للنصوص تواجه حالتين :

(الحالة الأولى) أن يرى الدائن أحد المدينين المتضامنين من الدين . فإذا اقتصر الدائن على هذا الإبراء ، ولم يصرح بغير ذلك ، افترض أنه أراد إبراء ذمة هذا المدين وحده ، فلا يستطيع أن يطالبه بشيء بعد هذا الإبراء ، ولكنه يستطيع أن يطالب كلا من المدينين الآخرين بالدين بعد أن يستزل حصة المدين الذي أبراه (١). في المثال السابق - الدين ثلثائة والمدينون المتضامنون ثلاثة حصصهم متساوية - إذا أبرأ الدائن أحد المدينين ، كان له أن يطالب أياً من المدينين الآخرين بمائتين ، ومن وفى منهما المائتين يرجع على الآخر بمائة هي حصته من الدين (٢) . فإذا كان هذا الآخر معسراً ، كان للمدين الذي وفى المائتين أن يرجع على المدين الذي أبراه الدائن بتصيبه في حصة المعسر وهو خمسون ، ما لم يتضح أن الدائن عند ما أبرأ هذا المدين أراد أن يخليه من كل مسئولية عن الدين ، ففي هذه الحالة يتحمل الدائن نفسه نصيب هذا المدين في حصة المعسر ، ولا يستطيع مطالبة المدين غير المعسر بالمائتين كلها بل يطالبه بمائة وخمسين .

= مختصاً بواحد أو بعدة منهم . فإذا شمل الإسقاط جميع المدينين ، يقسم الموجب فيما بينهم كما يقسم الموجب المتقارن . وإذا كان الإسقاط شخصياً مختصاً بواحد أو بعدة من المدينين ، فإن الدائن لا يمكنه أن يطالب الذين أسقط التضامن عنهم إلا بتصيبهم ، وإنما يحق له أن يقاضي سائر المدينين على وجه التضامن بمبلغ الدين كله . وإذا وقع لأحد المدينين الذين لم يشملهم إسقاط التضامن إن أصبح غير ملء ، فإن سائر المدينين ، وفى جملتهم الذين استفادوا من هذا الإسقاط ، يتحملون إيفاء ما يجب عليه من الدين (والمادتان ٤٣ و ٤٢ من التقنين البناني توافقان في الحكم المادتين ٢٩٠ و ٢٩١ من التقنين المصري) .

(١) استئناف وطني ١٩ ديسمبر سنة ١٨٩٢ الحقوق ٧ ص ٣٩٣ — استئناف مختلط ٢ أبريل سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٢٧١ .

(٢) نقض مدني ١٠ يونيو سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٦٩ ص ١٩٥ — على أنه إذا أفلس أحد المدينين المتضامنين ، وتصلح معه الدائن على جزء من الدين وأبراه من الباقي ، فللدائن أن يرجع على أي المدينين المتضامنين الآخرين بكل الدين دون أن يستزل حصة المدين المفلس في الجزء الذي أبراه منه الدائن . وهذا ما تنص عليه المادة ٣٤٩ من التقنين التجاري إذ تقول : « والمدين مطالب بالشركة في الدين بتمام دينه ولو حصل الصلح مع المفلس (انظر الأستاذ محسن شفيق في الإفلاس فقرة ٦٥١ - وانظر المادة ٤٤٥ من التقنين التجاري الفرنسي وكولان وكايتان ٢ فقرة ٧٠٠ ص ٤٧٤) .

(م ٢١ — الوسيط)

ولكن يجوز للدائن عند إبرائه المدين أن يصرح بما انصرفت إليه نيته بالنسبة إلى المدينين الآخرين . فقد يصرح أنه أراد بإبرائه لأحد المدينين أن يبرىء الباقين ، وعند ذلك ينقض الدين بالإبراء بالنسبة إليهم جميعاً ، ولا يستطيع الدائن بعد ذلك أن يطالب أحداً منهم بشيء ، ولا رجوع لأحد منهم على الآخرين . وقد يصرح ، على النقيض من ذلك ، أنه لم يرد بإبرائه للمدين أن يبرىء المدينين الآخرين حتى من حصة المدين الذي أبراه ، وأنه يحتفظ لنفسه بحق الرجوع عليهم بكل الدين . وفي هذه الحالة لا يطالب الدائن المدين الذي أبراه بشيء ، لكنه يستطيع أن يطالب أياً من المدينين الآخرين بكل الدين ، أى بثلاثمائة ، ولن يدفع منهما أن يرجع على الآخر بمائة وهي حصته من الدين ، ويرجع كذلك على المدين الأول الذي أبراه الدائن بمائة وهي حصته من الدين هو أيضاً . فكأن إبراء الدائن للمدين مع احتفاظه بحقه في مطالبة الآخرين بكل الدين لا يعنى للمدين من دفع حصته ، ولكن لا للدائن ، بل للمدين الذى وفى كل الدين . وقد يجد المدين الذى وفى كل الدين شريكه الآخر معسراً فيرجع في هذه الحالة على المدين الأول الذى أبراه الدائن بنصيبه في حصة المعسر ، وهي خمسون ، فيكون مجموع ما يرجع به عليه مائة وخمسين . وهذا ما لم يتضح أن الدائن عند ما أبرأ المدين الأول أراد أن يخليه من كل مسئولية عن الدين ، فعند ذلك يتحمل الدائن نفسه نصيب هذا المدين في حصة المعسر ، كما يتحمل أيضاً حصة هذا المدين في الدين ما دام قد أخلاه من كل مسئولية عنه ، ولا يستطيع أن يطالب المدين غير المعسر إلا بمائة وخمسين هي حصته من الدين أضيف إليها نصيبه في حصة المعسر (١) .

(١) وتقدير ما انصرفت إليه نية الدائن في الإبراء مسألة واقع لا معقب على قاضى الموضوع فيها من محكمة النقض . وقد قفت محكمة النقض بأنه إذا اختلف أحد المدينين المتضامنين مع الدائن في مدى الإبراء الصادر منه وفيما إذا كان يتناول الدين برمه فيستفيد منه كلا المدينين أو هو مقصور على المدين الآخر ، وعرضت المحكمة لهذا النزاع وكانت على بينة من كل ما يستند إليه المدين ، ثم خلصت من بحثها وموازقتها بين حجج الطرفين إلى أن هذا الإبراء خاص بأحد المدينين دون الآخر ، وكان ما ذهبت إليه من ذلك سائماً في تفسير الإقرار وعقد شطب بالاختصاص الصادرين من الدائن ولا يتجافى مع ما هو وارد فيها ، فلا معقب عليها في ذلك (نقض مدني ١٠ يونيو سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٦٩ ص ١٩٥) .

(الحالة الثانية) أن يرى الدائن أحد المدينين المتضامنين من التضامن فقط (١) . فمندئذ لا يستطيع أن يطالبه إلا بحصته في الدين ، وهي المائة (٢) . ولكنه يستطيع أن يطالب كلا من المدينين الآخرين بكل الدين ، أى بثلاثمائة ، ومتى وفى أحدهما الدين كله رجع على المدين الآخر بمائة وهي حصته في الدين ، ثم رجع على المدين الأول الذى أبراه الدائن بمائة وهي حصته في الدين كذلك . فإذا كان المدين الآخر معسراً ، رجع المدين الذى وفى الدين كله على المدين الأول الذى أبراه الدائن بنصيبه في حصة المعسر تضاف إليه حصته هو في الدين ، فيرجع عليه بمائة وخمسين (٣) . وقد يتفق الدائن عند إبرائه للمدين الأول من التضامن ، مع هذا المدين أو مع غيره من المدينين أو معهم جميعاً ، على أن يرجع على أى من المدينين الآخرين بالدين بعد استئزال حصة المدين الذى أبراه من التضامن ، فيرجع عندئذ على أى منهما بمائتين ، ويرجع المدين الذى وفى المائتين على المدين الآخر بحصته في الدين وهي مائة . فإذا كان هذا المدين الآخر معسراً ، رجع المدين الذى وفى المائتين على المدين الذى أبراه الدائن من

= ولما كان الإبراء إسقاطاً فهو لا يفترض ، بل يجب أن يستخلص في وضوح وفي غير إهام ، وإذا قضت ورقة مكتوبة وجب أن تكون مغطاة من الدائن أو من نائب عنه مفوض له في الإبراء (استئناف مختلط ١١ يناير سنة ١٩٠٦ م ص ٩٧) .

(١) وقد يكون في محاسبة الدائن لأحد المدينين المتضامنين من حصته في الدين نزول ضمنى عن التضامن بالنسبة إليه (محكمة مصر الكلية الوطنية ١٩ يناير سنة ١٩٢٩ المجموعة الرسمية ٣١ رقم ١١٥ ص ٢٩٩ — ٣ أكتوبر سنة ١٩٣٥ الملماة ١٧ رقم ١٥٦ ص ٢٢٦ — تعليق الأستاذ سليمان مرقس في مجلة القانون والاقتصاد ٧ ص ٦٥٩) . حل أن هذا النزول الضمنى لا يستخلص حتماً ، وقد قضت محكمة مصر الكلية الوطنية بأنه إذا طالب أحد المدينين المتضامنين بحصته في الدين وتحالض منه عنها على هذا الوجه ، فليس في ذلك تنازل عن التضامن لمجرد أن المدين قد دفع حصته في الدين ، إذ أنه يبقى مع ذلك التزامه بصفته وكيلًا عن باقي المدينين وهو التزام يجوز للدائن الرجوع به عليه حتى قبل أن يجرد باقي المدينين من ما لهم (٣٠ مارس سنة ١٩٣٦ الملماة ١٦ رقم ٤٤٦ ص ٩٦٨) .

(٢) قارن في تعيين حصة المدين المبرأ من التضامن بالنسبة إلى الدائن الأستاذ عبد المحي حجازي ١ ص ٢٣٦ — ص ٢٣٧ .

(٣) انظر في اضطراب نصوص التتتين المدنى الفرنسى في هذه المسألة وتضارب آراء الفقهاء الفرنسيين في تفسير المادة ١٢١٠ من هلا التتتين بودرى وبارد ٢ مقرة ١٢٧٩ — مقرة ٤٢٨٢ — بلانيول وريبير وجابوليه ٧ مقرة ١٠٧٨ ص ٤٤٧ ومقرة ١٠٩٥ .

التضامن بنصيبه في حصة المعسر (١). كل هذا ما لم يتضح أن الدائن عندما أبرأ المدين من التضامن أراد أن يخليه من كل مسئولية عن الدين فيما عدا حصته منه ، فعندئذ ذلك يتحمل الدائن نفسه نصيب هذا المدين في حصة المعسر ، ولا يرجع على المدين الموسر إلا بمائة وخمسين (٢).

ويلاحظ أن الإبراء تصرف قانوني كالتجديد ، ومن ثم يتسع فيهما ، كما رأينا ، أن تتجه الإرادة إلى نيات مختلفة . فيقف المشرع عند إحدى هذه النيات يفترض وجودها ، إلا إذا قام الدليل على وجود نية أخرى . وهذا بخلاف أسباب الانقضاء الأخرى — المقاصة واتحاد الذمة واستحالة التنفيذ والتقادم — فهذه كلها وقائع مادية لا تتسع إلا للحكم واحد لا يتغير ، كما رأينا في المقاصة واتحاد الذمة واستحالة التنفيذ ، وكما سنرى في التقادم (٣).

(١) وإذا أبرأ الدائن أحد المدينين المتضامنين من التضامن ، وعندما أراد الرجوع على باقي المدينين وجدهم جميعاً معسرين ، فإنه يستطيع الرجوع على المدين الذي أبرأه من التضامن بكل الدين ، فإن هذا المدين بعد أبرائه من التضامن يلتزم بدفع حصته من الدين ، ثم يلتزم بدفع الباقي على أساس أنه يتحمل حصص المعسرين (ديمولوب ٢٦ فقرة ٤٤٠ — كولييه دي سانتير • فقرة ١٥٠ مكررة ثالثاً — بودرى وبارد ٢٤ فقرة ١٢٦٣) .

(٢) انظر في اختلاف الآراء في الفقه الفرنسي في هذه المسألة لمدوم وشرح نص المادة ١٢١٥ من التقنين المدني الفرنسي بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٦٢ — فقرة ١٢٦٥ . وانظر في المادتين ١٢١١ و ١٢١٣ من التقنين المدني الفرنسي وهما يضمعان قرائن قانونية على وقوع الإبراء من الدائن بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٨٣ — فقرة ١٢٨٨ — بلانبول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٩٧ — ولا على تطبيق هذه القرائن القانونية في مصر ، فإن القرينة لا بد فيها من نص ولم يورد التقنين المدني المصري هذه النصوص ، فالقرينة على الإبراء في القانون المصري لا تكون إلا قضائية (قارن المذكرة الإيضاحية للمشروع التهدي في مجموعة الأعمال التفسيرية ٣ ص ٧٨ — ص ٧٩) .

(٣) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التهدي في صدد الإبراء ما يأتي : « إذا أبرأ الدائن أحد المدينين المتضامنين ، استتبع ذلك براءة ذمته من الدين ، أما الباقيون فلا تبرأ ذمتهم إلا إذا أعلن الدائن ذلك . فإن لم يفعل ، بقى كل منهم ملزماً بأداء الدين بأسره بعد استئصال حصة من أبرئه . بيد أن الدائن أن يرجع رغم ذلك على كل من المدينين المتضامنين بكل الدين إذا احتفظ لنفسه بهذا الحق ، ويكون لمن يقوم بالوفاء عن هؤلاء المدينين في هذه الحالة حق الرجوع على من أبرئه بحصته في الدين . ويستخلص مما تقدم أن ثمة قرينتين : (الأولى) قرينة انصراف إرادة الدائن إلى عدم إبراء سائر المدينين ، ما لم يعلن خلاف ذلك . (والثانية) قرينة —

١٩٤ - **التقادم** : تنص الفقرة الأولى من المادة ٢٩٢ من التقنين المدني على ما يأتي :

« إذا انقضى الدين بالتقادم بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين ، فلا يستفيد من ذلك باقي المدينين إلا بقدر حصة هذا المدين (١) » .

حاصراً في إرادة الدائن إلى إبراء ذمتهم من حصة المدين الذي صدر الإبراء لصالحه ، ما لم يحتفظ لنفسه بحق الرجوع بمجمل الدين . أما إذا اقتصر الدائن على إبراء أحد المدينين المتضامنين من التضامن ، فلا ينهض هذا الإبراء قرينة على أن نيته قد انصرفت إلى إبراء ذمة الباقيين من حصة من أبرئهم . وعلى ذلك يكون الدائن أن يرجع على كل من هؤلاء المدينين بمجمل الدين ، ما لم يصرح أنه أبرأ ذمتهم من حصة من صدر الإبراء لصالحه . ولا يجوز له في أي حال أن يرجع على من أبرئ من التضامن إلا بقدر حصته في الدين ويستخلص مما تقدم أن الدائن إذا أبرأ أحد المدينين المتضامنين من الدين أو من التضامن ، فله أن يرجع على كل من الباقيين بكل الدين ، بعد استئصال حصة من أبرئ أو دون استئصال هذه الحصة ، ولا يكون لمن يقوم بالوفاء من المدينين بمجمل الدين بعد استئصال حصة المدين الذي أبرأ الدائن أن يرجع بشيء على هذا المدين ، ولكن ثبت له حق الرجوع عليه بمحصة لو أنه قام بالوفاء بمجمل الدين دون أن يستئزل تلك الحصة . فلو فرض مثلاً أن مدينين أديتا التزاماً على وجه التضامن بالوفاء بدين قدره ١٢٠٠ جنيه ، وأن دائتهم أبرأ أحدهم من الدين أو من التضامن ، فلهذا الدائن أن يرجع على كل من الثلاثة الباقيين بمبلغ ٩٠٠ جنيه أو بمبلغ ١٢٠٠ جنيه على حسب الأحوال . فإذا اقتصر أحد هؤلاء الثلاثة على الوفاء بمبلغ ٩٠٠ جنيه ، فليس له الرجوع بشيء على من أبرئ . أما إذا أدى مبلغ ١٢٠٠ جنيه ، فله أن يرجع عليه بمبلغ ٣٠٠ جنيه . وله أن يرجع ، في كلتا الحالتين ، على كل من المدينين الآخرين بمبلغ ٣٠٠ جنيه . ولو فرض أن أحد هذين المدينين مصر لا مال له ، فلا يكون لمن قام بالوفاء إلا أن يرجع على المدين المورس ، وفي هذه الحالة يتحمل من أبرئ من المدينين ، سواء ألزم بأداء مبلغ ٣٠٠ جنيه أم برئت ذمته براءة تامة ، نصيبه في تبعة هذا الإحصار ، فيؤدى فضلاً عن حصته في الدين (مبلغ ٣٠٠ جنيه) مبلغ ١٠٠ جنيه عند الاقتضاء وهو نصيبه في حصة المصّر . على أن هذا الحكم لا يبدو أن يكون مجرد تفسير لنية المتعاقدين ، فهو يقوم على قرينة يجوز نقض دلالتها بإثبات العكس . فإذا أثبت من أبرئ من المدينين أن إرادة الدائن قد انصرفت إلى إبرائه من كل مسؤوليته عن الدين ، تحمل الدائن نصيب هذا المدين في تبعة إحصار من يصّر من المدينين المتضامنين : وهو مبلغ ١٠٠ جنيه في الفرض الذي تقدمت الإشارة إليه (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٧٨ - ص ٨٠) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في الفقرة الأولى من المادة ٤١٦ من المشروع النهائي

على الوجه الآتي : « إذا انقضى الدين بالنسبة لأحد المدينين المتضامنين بسبب التقادم ، فلا يستفيد من ذلك باقي المدينين . على أنه إذا أجبر أحد المدينين على وفاء الدين ، كان له حق الرجوع على الباقيين ، حتى من انقضى التزامه بالتقادم » . وفي لجنة المراجعة عدل النص تعديلاً =

ويمكن أن تتصور انقضاء الدين بالتقادم بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين دون الآخرين في فروض مختلفة . من ذلك أن يكون الدائن قد قطع التقادم بالنسبة إلى المدينين المتضامنين ما عدا واحداً منهم أغفل أن يقطع التقادم بالنسبة إليه ، وسرى أن قطع التقادم بالنسبة إلى بعض المدينين المتضامنين لا يعتبر قطعاً للتقادم بالنسبة إلى الآخرين . فيستمر التقادم في سريانه بالنسبة إلى هذا المدين ، وقد يكتمل دون أن يكتمل التقادم الذي انقطع بالنسبة إلى المدينين الآخرين . ومن ذلك أيضاً أن يكون أحد المدينين المتضامنين دينه مؤجل ، والثاني دينه معلق على شرط ، والثالث منجز ، فلا يسرى التقادم بالنسبة إلى الأولين إلا

= جعل حكمة متفقاً مع الأحكام الأخرى الخاصة بأسباب انقضاء الالتزام، وأصبح مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وصار رقمه ١/٣٠٤ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ١/٢٩٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٨٢ و ص ٨٤ — ص ٨٥) .

ولم يرد لهذا النص مقابل في التقنين المدني السابق ، ولكنه لما لم يكن إلا تقريراً لمبدأ العام الذي أخذ به هذا التقنين ، فقد كان يمكن العمل به في عهده . وكانت المادة ٢٧١/٢٠٧ من التقنين المدني السابق تنص على ما يأتي : « إذا ترك أحد المدينين المتضامنين أو المدين الأصل حقه في التمسك بمضي المدة الموجب لتخلّصه من الدين ، فلا يضر ذلك بباقي المدينين المتضامنين وبالكفيل الذين تخلّصوا من التزاماتهم بمضي المدة » . وهذا الحكم ، كما سئرى ، يمكن الأخذ به في عهد التقنين المدني الجديد ، فهو موافق لمبدأ العام المقرر في هذا التقنين .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ١/٢٩٢ (وهي مطابقة) — وفي التقنين المدني الليبي المادة ١/٢٧٩ (وهي مطابقة) — وفي التقنين المدني العراقي المادة ١/٣٢٩ ونصها كالآتي : « إذا كانت دعوى الدين بالنسبة لأحد المدينين المتضامنين لا يجوز سماعها بسبب التقادم ، استغاد من ذلك باقي المدينين بقدر حصة المدين الذي لا يجوز سماع الدعوى ضده » (وحكم هذا النص موافق لحكم التقنين المصري) — وفي تقنين الموجبات والمقود البناني المادة ٣٤٧ ونصها كالآتي : « يحق لكل مدين متضامن والكفيل الإدلاء بمرور الزمن تجاه الدائن ، كما يحق لدائن آخر المدينون أن يدلى به على الطريقة غير المباشرة » (ولم يبين النص في وضوح الحكم فيما إذا تمسك أحد المدينين المتضامنين بالتقادم الذي تم لمصلحة مدين آخر . ولكن يظهر من نص المادة ٣٦١ — وتنص على « أن حكم مرور الزمن لا يقتصر على إسقاط حق الدائن في إقامة الدعوى ، بل يسقط أيضاً الموجب نفسه ، فلا يمكن بعد ذلك الاستفادة منه بوجه من الوجوه ، لا بإقامة دعوى ولا بتقديم دفع » — أن التقادم يبرئ ذمة باقي المدينين المتضامنين ، وإن كان الأمر غير واضح وضوحاً كافياً . فإن صح هذا التفسير ، فإن التقنين البناني يختلف حكمه في هذه المسألة عن حكم التقنين المصري) .

بعد حلول الأجل وإلا بعد تحقق الشرط ، ويسرى التقادم فوراً بالنسبة إلى الثالث فيكتمل في وقت لم يكتمل فيه بالنسبة إلى الأولين .

فاذا وقع ذلك ، وانقضى الدين بالتقادم بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين دون أن ينقضى بالنسبة إلى الآخرين ، فإن الدائن لا يستطيع أن يطالب من انقضى دينه بالتقادم بشيء بعد انقضاء دينه . ولكن يستطيع مطالبة أي من المدينين الآخرين الذين لم ينقض دينهم بالدين بعد أن يستزل منه حصة المدين الذي انقضى دينه بالتقادم . ففى المثل السابق — الدين ثلثمائة والمدينون المتضامنون ثلاثة حصصهم متساوية — إذا انقضى دين الأول بالتقادم ، فإن الدائن يرجع على أى من المدينين الآخرين بمائتين ، ومن دفع منهما المائتين يرجع على الآخر بمائة وهى حصته فى الدين (١).

فاذا كان من دفع المائتين عند رجوعه على الآخر بالمائة وجده معسراً ، فانه يرجع على المدين الذى انقضى دينه بالتقادم بتصيبه فى حصة المدين المعسر ، أى يرجع عليه بخمسين ، وتحمل هو فى النهاية مائة وخمسين هى حصته فى الدين أخيف إليها نصيبه هو فى حصة المدين المعسر . ولا يعترض على هذا

(١) أما فى القانون الفرنسى فن الفقهاء من يذهب إلى هذا الرأى (كولى دى سانتير ٥ فقرة ١٤٢ مكررة خامساً — لوران ١٧ فقرة ٢٣٥) ، ومنهم من يذهب إلى أن المدين المتضامن يحتاج بالتقادم الذى اكتمل بالنسبة إلى مدين غيره ، لا بقدر حصة هذا المدين فنسب ، بل بكل الدين ، فتجراً ذمة المدينين جميعاً إذا اكتمل التقادم بالنسبة إلى أحدهم ولو لم يتكامل بالنسبة إلى الآخرين (ديولومب ٢٦ فقرة ٤١٣ — فقرة ٤١٤ — بودوى وهارد ٢ فقرة ١٢٥٢ — فقرة ١٢٥٣) .

ويجب اتسك بالتقادم ، إما من المدين الذى انقضى دينه به ، وإما من مدين آخر إذا بدأ الدائن بالرجوع عليه قبل الأول (الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ٢٢٩ — الأستاذ إسماعيل خانم فى أحكام الالتزام فقرة ٢٠٢ ص ٢٨٧) . وإذا انقضى الدين بالتقادم بالنسبة إلى الجميع ، ثم لم يتسك أحدهم به أو نزل عنه ، فسرى (انظر مایل فقرة ١٩٦) أن ذلك لا يضر بالآخرين (انظر أيضاً المسادة ٢٧١/٢٠٧ من التفتين المدنى السابق — وانظر الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ٢٣٩) . كذلك إذا اكتمل التقادم لأحد المدينين ، ورجع الدائن على مدين غيره ، فلم يتسك هذا بالتقادم ليستزل حصة المدين الذى تقادم دينه ، بل طلع الدين كله ، فله أن يرجع على المدين الذى تقادم دينه بحصته فى الدين (الأستاذ إسماعيل خانم فى أحكام الالتزام ص ٢٨٧ هامش رقم ٢) .

الحكم بأن المدين الذى انقضى دينه بالتقادم لا يجوز الرجوع عليه بشىء بعد أن انقضى دينه ، ذلك لأن المدين الذى دفع المائتين لا يرجع عليه بالمدين القديم الذى انقضى بالتقادم ، وإنما يرجع عليه بدعوى الوكالة أو الفضالة كما سئرى ، وهذه الدعوى لا يبدأ سريان التقادم بالنسبة إليها الا من وقت دفع المائتين . وزى من ذلك أن المدين الذى انقضى دينه بالتقادم ، إذا هو أمن مطالبة الدائن له ، فانه لا يأمن رجوع مدين آخر يطالبه بنصيبه فى حصة مدين معسر ، ولا يستطيع أن يتخلص من هذه المطالبة بالرغم من تقادم دينه الأصلي .

§ ٣ — الآثار الثانوية للتضامن بين المدينين

١٩٥ — المبرأ العام : قلنا أن للتضامن آثاراً ثانوية (*effets secondaires*) ترجع الى قيام نيابة تبادلية بين المدينين المتضامنين ، بموجبها يكون كل مدين متضامن ممثلاً للآخرين ونائباً عنهم فيما ينفعهم لافياً يضرهم (١).

(١) أما فى فرنسا فالنيابة التبادلية ما بين المدينين المتضامنين كانت معروفة منذ عهد القانون الفرنسى القديم ، قال بها ديمولان وبوتيه من بعده ، ثم تبهما فى ذلك فقهاء القانون الفرنسى الحديث . والنيابة التبادلية ، كما هى مفهومة فى فرنسا فى العصر الحاضر ، وكما كانت مفهومة فى مصر فى عهد التفتين المدف السابق تبعاً لفقه الفرنسى ، تقضى بأن كل مدين يمثل سائر المدينين المتضامنين فيما يحفظ الالتزام ، وفيما يستتبعه ، لا فيما يزيد من عبء (*ad conservandum vel perpetuandum, non ad augendum*) . ومن ثم يكون إعدار أحد المدينين المتضامنين إعداراً لباقيين ، وتكون مطالبة القضاء مطالبة لباقيين ، ويكون قطع التقادم بالنسبة إليه قطعاً لتقادم بالنسبة إلى الباقيين ، ويكون الحكم عليه حكماً على الباقيين ، وفى هذا كله مثل المدين المتضامن سائر المدينين فيما يضر وإن كان لا يزيد من عبء الالتزام . على أن من يراجع نصوص التفتين المدف الفرنسى فى التضامن ، وتضارب آراء الفقهاء فى تفسيرها ، يدرك أن هذه النصوص لم تنطلمها وحدة دقيقة من منطق منسجم . انظر فى هذا المعنى بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢١٣ — بلايول وريير وجابول ٧ فقرة ١٠٨٣ ص ٤٥٤ — ص ٤٥٥ . وقد التزم التفتين المدف المصرى الجديد فى نصوصه التى أوردها فى هذا الموضوع الهام ، كما سئرى ، هذه الوحدة الدقيقة ، ولم يجد فيها فى أى نص ، إذ جعل النيابة التبادلية تقوم فى جميع الأحوال فيما ينفع سائر المدينين المتضامنين لا فيما يضرهم ، فصحت هذه النيابة لمصلحة المدينين .

وهذه هى باج إلى أن فكرة النيابة التبادلية فى القانون الفرنسى تهدف إلى غرض على محض ، هو تقوية التضامن وجعله ينتج أبعد الآثار لمصلحة الدائن ، فيستطيع هذا بإجراء —

وقد طبق التقنين المدني هذا المبدأ العام تطبيقات تشريعية مختلفة :

(١) فإذا انقطعت مدة التقادم أو وقف سريانه بالنسبة الى أحد المدينين المتضامنين ، لم يضر ذلك بباقي المدينين ولم يحز للدائن أن يتمسك بقطع التقادم أو بوقفه قبلهم .

(٢) وإذا ارتكب أحد المدينين المتضامنين خطأً في تنفيذ التزامه يستوجب مسئوليته ، لم يضر ذلك بباقي المدينين .

« يتخذ قبل مدين واحد أن يحدث الآثار التي تنتج فيما لو اتخذ هذا الإجراء قبل جميع المدينين (دى باج ٣ فقرة ٣٥٨ ص ٢٢٧) . وإذا أخفنا بهذا الرأي ، تبين أن فكرة النيابة التبادلية في فرنسا إنما هي لتقوية ضمان الدائن ، أما في مصر فقد أصبحت في عهد التقنين المدني الجديد متحضة لمصلحة المدينين (انظر الأستاذ اسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ٢٠٣ ص ٢٩٠) . ويستعرض بودرى وبارد التقنينات الأجنبية المختلفة ، فيما يتعلق بآثار التضامن ، ليقارن فيما بينها . فبعضها يسير على غرار التقنين الفرنسي ، كما هي الحال في التقنين البرتغالي وفي التقنين الشيلي وفي التقنين المصري السابق . وبعضها يوسع في آثار التضامن ويزيد فيها على التقنين الفرنسي ، كما فعل التقنين الأسباني إذ جعل سائر المدينين المتضامنين مسئولين عن خطأ أحدهم ، وكما فعل التقنين الأرجنتيني إذ جعل اتحاد الذمة يقضى الدين كله بالنسبة إلى جميع المدينين ، وكما فعل التقنين الإيطالي السابق إذ جعل كل مدين يحضج بقدر حصته في الدين بالمقاصة التي وقعت لأحد منهم . وبعضها يضيق من آثار التضامن ، وقد فعل ذلك بنوع خاص التقنين الألماني . ففي هذا التقنين لا أثر للتضامن إلا فيما يتعلق بالوفاء والوفاء بمقابل المقاصة ، أما الإغفار والخطأ واستحالة التنفيذ والتقادم وقطعه ووقفه واتحاد الذمة والحكم فلا أثر للتضامن فيها . فالتقنين الألماني يستبعد فكرة النيابة التبادلية ويضيق كثيراً من الآثار الأخرى للتضامن ، ولكنه من جهة أخرى يوسع من حالاته : فالتضامن يفترض في العقد ، والورثة متضامنون في تنفيذ التزامات المورث . ويتضح من ذلك ألا محل في التقنين الألماني للتمييز بين التضامن الكامل والتضامن الناقص ، ما دامت فكرة النيابة التبادلية ، وهي التي تميز بين النوعين ، قد استبعدت . والتقنين السويسري يقرر أن المدين المتضامن لا يستطيع بعمله أن يسوي مركز المدينين الآخرين ، فطالبه أحد المدينين بالفوائد لا يجعلها تسري في حق الآخرين ، ولكن قطع التقادم بالنسبة إلى أحد المدينين يقطعه بالنسبة إلى الباقيين لتوق مضاعفة مصروفات قطع التقادم . ويوسع التقنين السويسري هو أيضاً من حالات التضامن ، فالوكلاء وحافظو الوديع متضامنون إذا تعددوا ، ولكنه لا يفترض التضامن في العقد بوجه عام (انظر في كل ذلك بودرى وبارد ٢ فقرة ١٣٠٧ فقرة ١٣١١ — وانظر في المقارنة بين التقنين الفرنسي والتقنين الألماني بلانيول وريير وجابوليه ٧ فقرة ١٠٨٨) .

(٣) وإذا أعذر الدائن أحد المدينين المتضامنين أو طالبه مطالبة قضائية ، لم يضر ذلك للمدينين الآخرين ، ولم ينتج الإعذار أو المطالبة القضائية أثراً بالنسبة إليهم . لكن إذا أعذر أحد المدينين المتضامنين الدائن ، نفع هذا باقيهم وأفادوا من هذا الإعذار .

(٤) وإذا تصالح الدائن مع أحد المدينين المتضامنين وتضمن الصلح الإبراء من الدين أو براءة الذمة منه بأية وسيلة أخرى أو أى نفع للمدين ، أفاد الباقيون من ذلك . أما إذا كان من شأن هذا الصلح أن يرتب في ذمة المدين التزاماً جديداً أو يزيد فيما هو ملزم به أو يسوى مركزه على أية صورة من الصور ، فإن هذا الصلح لا يضر الباقيين ولا ينفذ في حقهم إلا إذا قبلوه .

(٥) وإذا أقر أحد المدينين المتضامنين بالدين ، لم يضر هذا الإقرار بباقي المدينين واقتصرت حججته على المقر دون أن تسرى في حق الباقيين . أما إذا أقر الدائن لأحد المدينين المتضامنين ، أفاد الباقيون من إقراره .

(٦) وإذا وجه الدائن المدين إلى أحد المدينين المتضامنين دون غيره فحلف ، أفاد باقي المدينين من ذلك . أما إذا نكل ، لم يضار بنكوله الباقيون . كذلك إذا وجه أحد المدينين المتضامنين المدين إلى الدائن فحلف ، لم يضار بذلك باقي المدينين . أما إذا نكل ، أفاد من نكوله الباقيون .

(٧) وإذا صدر حكم على أحد المدينين المتضامنين ، لم يسر هذا الحكم في حق الباقيين ولم يحتاج به عليهم . أما إذا صدر الحكم لصالح أحدهم ، أفاد الباقيون منه ، إلا إذا كان الحكم مبنياً على سبب خاص بالمدين الذى صدر الحكم لصالحه (١) .

هذه هي التطبيقات التشريعية للمبدأ العام السالف الذكر ، نستعرضها على التعاقب تفصيلاً فيما يلي . وقد سبقت الإشارة إلى أن هذه الآثار الثانوية للتضامن السلبى لا تحدث فيما أسميناه بالالتزام التضامنى (obligation in solidum) ، ففي هذا الالتزام لا تكون هناك نيابة تبادلية بين المدينين المتعدددين ، إذ لا توجد

(١) انظر للمذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التوضيحية ٣ ص ٨٣ .

رابطة مشتركة بينهم أكثر من أن كلا منهم مدّين بنفس الدين . فإذا أَعذر أحدهم الدائن لم يَفِد الباقيون من ذلك ، وإذا أَعذر الدائن أحدهم لم يسر الإعذار في حق الباقيين . وإذا أقر الدائن لأحدهم لم يَفِد الباقيون من الإقرار ، وإذا أقر أحدهم للدائن لم يسر الإقرار في حق الباقيين . وقل مثل ذلك في سائر الآثار الثانوية .

١٩٦ - انقطاع التقادم أو وقفه بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين :

تنص الفقرة الثانية من المادة ٢٩٢ من التفتين المدني على ما يأتي :

« وإذا انقطعت مدة التقادم أو وقف سريانه بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين ، فلا يجوز للدائن أن يتمسك بذلك قبل باقي المدينين (١) » .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في الفقرة الثانية لمادة ٤١٦ من المشروع التمهيلي على وجه مطابق لما استقر عليه في التفتين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم المادة ٢/٢٠٤ من المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم المادة ٢/٢٩٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٨٢ وص ٨٤ — ص ٨٥) .

ويقابل هذا النص في التفتين المدني السابق المادة ١١٠/١٦٦ ، ونصها ما يأتي : « مطالبة أحد المدينين المتضامنين مطالبة رسمية وإقامة الدعوى عليه بالدين يسريان على باقي المدينين » . وقد كتبنا في الموضع في عهد التفتين المدني السابق في هذا الصدد ما يأتي : « والفكرة الأخرى البلهرية في علاقة المدينين المتضامنين بمفهوم بالمحض الأخرى النيابة التبادلية . فكل مدّين نائب عن بقية المدينين فيما لا يزيد من عبء الالتزام . وإلى هذا تشير المادتان ١١١/١٦٧ : لا يجوز لأحد المدينين المتضامنين أن يتفرد بفعل ما يوجب الزيادة على ما التزم به باقي المدينين . فإذا كان الدين غير قابل للتحويل ، وقبل تحويله أحد المدينين المتضامنين ، فلا يسرى هذا القبول على المدينين الآخرين ، إذ لا نيابة فيما يزيد عبء الالتزام . كذلك إذا قبل أحد المدينين المتضامنين أن يدفع قرائنه لم يكن ملزماً بدفعها ، أو أن يزيد في القرائن التي التزم بدفعها ، فإن هذه الزيادة في عبء الدين لا تسرى في حق المدينين الآخرين . أما في حدود الالتزام ، فكل مدّين نائب عن المدينين الآخرين ، وتترتب على هذه النيابة التبادلية النتائج الآتية : (١) إعذار الدائن لأحد المدينين المتضامنين يحجب إعذار الباقيين ، وتتولد آثار الإعذار بالنسبة لجميع المدينين المتضامنين ، بما في ذلك التصويف من التأخر وضمان الملاك . (٢) مطالبة الدائن لأحد المدينين المتضامنين مطالبة قضائية تعتبر مطالبة لباقي ، وتتولد آثار المطالبة القضائية بالنسبة لجميع المدينين المتضامنين ، بما في ذلك قطع سريان التقادم واستحقاق القرائن . وإلى هاتين التوجيهيتين تشير المادتان ١١٠/١١٦ : مطالبة أحد المدينين المتضامنين مطالبة رسمية وإقامة الدعوى عليه بالدين =

قد يقطع الدائن التقادم بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامين ، بأن يطالبه بالدين مطالبة قضائية أو يرسل إليه تقيهاً (commandement) أو يوقع عليه

سريان على باقى المدينين (٣) الحكم على أحد المدينين المتضامين حكم على الباقي ، ألا إذا ثبت أن المدين المحكوم عليه مترافع مع الدائن أو أنه أهل في الدفاع عن حقه أو ثبت أن أحد المدينين غير المحكوم عليهم عنده دفع خاص به . ومن باب أول إذا صدر الحكم لصالح أحد المدينين المتضامين ، استفاد منه الباقي ، وقد رأينا تطبيق هذا المبدأ في تضامن الدائنين . فالقاعدة إذن أن المدين المتضامن أو الدائن المتضامن يمثل شركاء المتضامين معه في الدعوى التي يدخل طرفاً فيها ، فإذا حكم له أو عليه تعدى أثر هذا الحكم إلى شركائه بفضل هذه النيابة التبادلية . إلا أن هؤلاء الشركاء يستطيعون أن يدفعوا عنهم أثر حكم لم يصدر لصالحهم ، إذا أثبتوا أن شريكهم الذي دخل طرفاً في الدعوى قد توافق مع من صدر الحكم لمصلحته ، أو أنه أهل في الدفاع عن حقه ، ويستطيع أحد الشركاء كذلك أن يدفع عنه أثر الحكم إذا ثبت أن عنده دفع خاص به من شأنها أن تحول الحكم لمصلحته . ومعنى أن الحكم على أحد المدينين المتضامين أوله حكم على الباقي أولم أن هذا الحكم يكون حجة عليهم أولم ، وليس مناه أن المدين المتضامن الذي لم يكن طرفاً في الدعوى ينفذ عليه أو ينفذ بمقتضى هذا الحكم . وإذا صدر الحكم لصالح الدائن في مواجهة جميع المدينين المتضامين فإن المعارضة أو الاستئناف أو النقض الذي يرفعه أحد هؤلاء المدينين يفيد الباقيين حتى لو لم يطنوا في الحكم بأنفسهم (المرجع للمؤلف فقرة ٥١٠) — انظر أيضاً المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٨٢ .

ويتبين مما قدمناه أن التقنين المدنى السابق كان يتضمن مبدأ يقضى بالنيابة التبادلية ما بين المدينين المتضامين والدائنين المتضامين لا فيما ينفع فحسب ، بل أيضاً فيما يضر ، إلا إذا كان في ذلك زيادة في عبء الدين كأن تزيد فوائده أو أن يصبح قابلاً للتحويل (استئناف أهل ١٧ مارس سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ ص ٢١٨ — استئناف مصر ٣١ مارس سنة ١٩٤٣ المجموعة الرسمية ٤٣ رقم ٢٢١) . أما ما يفتج من الآثار من الإعذار والمطالبة القضائية ، كاستحقاق التمييز وتحمل ثمة الهلاك وسريان الفوائد وقطع التقادم ، فهذا كله لا يعتبر زيادة في عبء الدين ، إذ هو من النتائج الطبيعية للدين ذاته ، وهو وإن كان ضاراً بالمدينين المتضامين الآخرين إلا أنه يسرى في حقهم بمقتضى هذه النيابة التبادلية فيما ينفع وفيما يضر إلا ما يزيد في عبء الدين . وقد جرى التقنين المدنى السابق في كل هذا الفقه الفرنسى ، كما بينا فيما تقدم .

ويتضح من ذلك أن الآثار الثانوية لتضامن — وهى التي نحن بصدها — يختلف فيها التقنين السابق عن التقنين الجديد . ففى التقنين السابق ، قطع التقادم ووقفه في حق أحد المدينين المتضامين يكون قطعاً للتقادم ووفقاً له في حق الآخرين ، وإطار أحد المدينين المتضامين أو مطالبة مطالبة قضائية يسرى في حق المدينين الآخرين ، وكذلك يحتج بالحكم الصادر في مواجهة أحد المدينين المتضامين وبالاجراءات الصحيحة المتخذة قبله على الباقيين (استئناف مصر ١٥ يونيو سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٢٥٨ ص ٥٢٤ — المجلة ٤ يناير سنة ١٩٣٩ . =

حجزاً أو يحصل منه على إقرار بالدين أو يقوم بأى عمل آخر من الأعمال التى تقطع التقادم (م ٣٨٣ - ٣٨٤ مدنى) . ولما كان هذا الدين لا يمثل باقى المدينين ولا ينوب عنهم فى الأعمال التى تضر بهم ، وكان قطع التقادم ضاراً بهم إذ أن من مصلحتهم أن يستمر التقادم فى سريانه ولا يتقطع ، فإن التقادم فى هذه الحالة لا يتقطع إلا بالنسبة إلى المدين الذى قطع الدائن التقادم معه وحده ، ويستمر التقادم سارياً بالنسبة إلى الباقى حتى يكتمل . ومن ثم جاز أن يكتمل التقادم فى حق بعض المدينين المتضامنين دون أن يكتمل فى حق بعض آخر ، كما رأينا فيما تقدم . ومن أجل ذلك أيضاً إذا أراد الدائن أن يقطع التقادم فى حق جميع المدينين المتضامنين ، وجب عليه أن يتخذ إجراء قطع التقادم بالنسبة إلى كل منهم

= المجموعة الرسمية ٤١ رقم ١٧٦ - استئناف مخطوط ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٠٨ م ٢١ ص ٣٣ - ٦ أبريل سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٢٤٩ - ١٠ نوفمبر سنة ١٩١٩ جازيت ١٠ رقم ٨٥ ص ٨٨ - ٢٧ أبريل سنة ١٩٢٢ جازيت ١٢ رقم ١٩٣ ص ٣٤٥ - ١٧ نوفمبر سنة ١٩٢٢ م ٤٥ ص ٢٩ - ١٦ مارس سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١٤٦ - ٤ مايو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٧٨ . ولكن انظر عكس ذلك : استئناف مصر ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٣٩ الهامة ٢٠ رقم ٤٩١ ص ١١٦٢ - استئناف أسبوط ١٠ ديسمبر سنة ١٩٤٢ المجموعة الرسمية ٤٣ رقم ١١٣) .

وفىما استحدثه التقنين الجديد من أحكام فى هذا الشأن لا يبرى هذا التقنين بأثر رجعى ، فتبقى أحكام التقنين السابق سارية على الالتزامات التضامنية التى نشأت قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، ولو صدر الإحذار أو وقت المطالبة القضائية أو قطع التقادم أو صدر الحكم بعد هذا التاريخ ، إذ العبارة بتاريخ نشوء الالتزام التضامنى ، فهو ينشأ عاصماً لنظام القانون الذى كان سارياً وقت نشوئه .

ويقابل نص المادة ٢/٢٩٢ من التقنين المدنى المصرى الجديد فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

فى التقنين المدنى السورى المادة ٢/٢٩٢ (وهى مطابقة) .

وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٢/٢٧٩ (وهى مطابقة) .

وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٢/٣٢٩ (وهى مطابقة) .

وفى تقنين الموجبات وال عقود اللبناني المادة ٣٦/٣٠٢ ، وتجريان على الوجه الآتى :

إن الأسباب التى توقف حكم مرور الزمن يمكن إيقاؤها شخصية ومختصة بأحد الدائنين . ولكن الأسباب التى تمنع مرور الزمن بالنظر إلى أحد المدينين المتضامنين تقطعه أيضاً بالنظر إلى الآخرين — ويختلف التقنين اللبناني ، كما نرى ، فى قطع التقادم من التقنين المصرى . ففى التقنين اللبناني — كما كان الأمر فى التقنين المصرى السابق وكما هو الأمر الآن فى التقنين الفرنسى — قطع التقادم بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين يقطعه بالنسبة إلى الباقين .

حتى ينقطع التقادم في حق الجميع (١). وقد قدمنا مثل ذلك في التضامن الإيجابي ولكن بنتيجة عكسية ، فإذا قطع أحد الدائنين المتضامنين التقادم في حق المدين ، أفاد هذا العمل باقي الدائنين ، وانقطع التقادم لمصلحة الجميع (٢).

وقد يقف التقادم بالنسبة إلى أحد المدين المتضامنين دون الباقي . ويتحقق ذلك مثلاً بأن تكون زوجة دائنة لزوجها ومعه مديون آخرون متضامنون في نفس الدين ، أو بأن يكون قاصر دائناً لوصيه ومع الوصي مديون آخرون متضامنون . ففي هذه الحالة يقف التقادم بين الزوجة وزوجها لقيام المانع الأدبي (م ١/٣٨٢ مدني) . وبين القاصر ووصيه لقيام علاقة الأصيل بالنائب (م ١/٣٨٢ مدني) . ولما كان وقف التقادم ضاراً بالمدين المتضامنين الآخرين ، فإن المدين الذي وقف التقادم في حقه لا يكون ممثلاً للباقيين فيما يضرهم ، ومن ثم لا يقف التقادم في حق المدين المتضامنين الآخرين وإن وقف في حق الزوج وفي حق الوصي . هذا إلى أن أسباب وقف التقادم متصلة بشخص طرفي الالتزام ، فيقتصر أثرها عليهما . فلا بد إذن من أن يقوم سبب وقف التقادم في حق كل مدين متضامن على حدة ، حتى يقف في حق الجميع . ومن هنا جاز أيضاً أن يكتمل التقادم بالنسبة إلى بعض المدين المتضامنين ، دون أن يكتمل بالنسبة إلى بعض آخر ، بأن يكون موقوفاً بالنسبة إلى هذا البعض وحده . إما في التضامن الإيجابي ، فقد رأينا أنه إذا قام بأحد الدائنين المتضامنين سبب لوقف التقادم ، فإن التقادم يقف بالنسبة إليه وحده دون سائر الدائنين المتضامنين ، وإن كان وقف التقادم يفيدهم وكان ينبغي وفقاً للمبدأ العام أن يتعدى أثره إليهم ، ولكن لما كانت أسباب وقف التقادم متصلة بشخص طرفي الالتزام ، فإن الأثر يقتصر على من قام بشخصه سبب الوقف (٣) .

(١) أما في فرنسا فقطع التقادم بالنسبة إلى أحد المدين المتضامنين يكون قطعاً للتقادم بالنسبة إلى الباقيين (المادة ١٢٠٦ من التفتين المدني الفرنسي وانظر بودري وبارد ٢ فترة ١٢١٤ — فترة ١٢٢١) . ولكن وقف التقادم بالنسبة إلى أحدهم لا يكون وفقاً له بالنسبة إلى الباقيين (انظر بودري وبارد ٢ فترة ١٢٢٢ — فترة ١٢٢٣) .

(٢) انظر آنفاً فترة ١٤٤ .

(٣) انظر آنفاً فترة ١٤٤ .

هذا وقد يقع أن يتمسك بعض المدينين المتضامين بالتقادم دون بعض آخر ، في غير صورتى انقطاع التقادم ووقفه . إذ يجوز أن يكمل التقادم بالنسبة إلى جميع المدينين المتضامين ، ويستطيع كل منهم أن يدفع بسقوط الدين بالتقادم . ولكن لما كان لا يجوز للمحكمة أن تقضى بالتقادم من تلقاء نفسها بل يجب أن يدفع به المدين (م ٣٨٧ مدني) ، فقد يترك بعض المدينين المتضامين هذا الدفع فلا يسقط الدين بالتقادم بالنسبة إليهم . وفي هذه الحالة يكون ترك الدفع بالتقادم من بعض المدينين ضاراً بالباقي ، فلا يسرى في حقهم ، ويجوز أن يدفعوا هم بالتقادم بالرغم من ترك الآخرين لهذا الدفع . وقد كان في التقنين المدني السابق نص صريح في هذا المعنى ، وهو يقضى بأنه « إذا ترك أحد المدينين المتضامين أو المدين الأصلي حقه في التمسك بمضى المدة الموجبة لتخلصه من الدين ، فلا يضر ذلك بباقي المدينين المتضامين وبالكفيل الذين تخلصوا من التزامهم بمضى المدة » (٢٢٧/٢٠٧ مدني قديم) . ولكن لما كان هذا الحكم ليس إلا تطبيقاً للمبدأ العام السالف الذكر ، فانه واجب التطبيق دون نص في عهد التقنين المدني الجديد (١) .

(١) وإذا كان قطع التقادم بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامين لا يكون قطعاً له بالنسبة إلى الآخرين ، فن باب أولى لا يكون قطع التقادم بالنسبة إلى الكفيل ولو كان متضامناً مع المدين الأصلي قطعاً لتقادم بالنسبة إلى المدين الأصلي . وهذا الحكم صحيح حتى في عهد التقنين المدني السابق حيث كان قطع التقادم بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامين قطعاً له بالنسبة إلى الباقي ، وذلك لأن التزام الكفيل — ولو كان متضامناً — التزام تبني ، فلا يستلزم قطع التقادم بالنسبة إليه قطعه بالنسبة إلى المدين الأصلي . وقد قضت محكمة النقض بأن حكم المادة ١١٠ من القانون المدني (السابق) يصرى فيما بين المدينين المتضامين بعضهم وبعض وفيما بين الكفلاء المتضامين بعضهم وبعض ، لا فيما بين المدين وكفيله المتضامن معه (نقض مدني ١٧ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٤ ص ٥٠) . وقضت أيضاً في هذا المعنى بأن ماورد في المادة ١١٠ من القانون المدني (السابق) من أن « مطالبة أحد المدينين المتضامين مطالبة رسمية وإقامة الدعوى بالدين يسريان على باقي المدينين » هو استثناء من الأصل الذي من مقتضاه أن انقطاع التقادم المترتب على المطالبة الرسمية بالدين لا يمتد أثره من وجه إليه الطلب ، فلا يجوز أن يسرى في حقه عن طريق القياس بين الكفيل المتضامن ، لأن نقصان الكفيل مع المدين لا يصيره مدينأ أصلياً ، بل يبقّي التزامه تبعياً ، ويبقى على كونه التزام الكفيل تابعاً للالتزام المدين أنه ينقضى حتماً بانقضاءه ولو كان التقادم قد انقطع بالنسبة إلى الكفيل ، ولا فرق في هذا بين الكفيل المتضامن والكفيل غير المتضامن . وإذن في كان الحكم المطعون فيه أسر قضاء =

١٩٧ - خطأ أحد المدينين المتضامنين في تنفيذ التزامه : تنص الفقرة الأولى من المادة ٢٩٣ مدني على ما يأتي :

« لا يكون المدين المتضامن مسئولاً في تنفيذ الالتزام إلا عن فعله » (١) . وهذا تطبيق آخر لاستبعاد مبدأ النيابة التبادلية فيما يضر . فالمقروض أن أحد المدينين المتضامنين قد ارتكب خطأ في تنفيذ التزامه جعله مسئولاً عن التعويض أمام الدائن ، فهذا الخطأ يكون هو وحده المسئول عنه ، ولا يتعدى أثره إلى باقي المدينين . بل يكون كل من هؤلاء مسئولاً عن تنفيذ الالتزام تنفيذاً عينياً ، دون أن يكون مسئولاً عن التعويض الناشئ عن خطأ المدين المتضامن الذي وقع في هذا الخطأ . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : « تتمثل في المادة ٤١٧ (م ٢٩٣ مدني) أوضح

= على أن الدعوى رفعت على الضامن المتضامن وعلى أن رفع الدعوى على الضامن المتضامن يقطع التقدم بالنسبة إليه وإلى المدينين على سواء ، كان هذا خطأ في تطبيق القانون (نقص مدني ٢٤ أبريل سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقص ٣ رقم ١٦٣ ص ٩١٩) . انظر عكس ذلك : بنى سوف ٣٠ يونيو سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٦٠٥ ص ١١١٥ .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في صدر المادة ٤١٧ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة ، وذكر في هذه اللجنة أن المقصود بكلمة « فعله » هو كل فعل يعزى إلى أحد المدينين ويسأل عنه هو نفسه دون الآخرين ، متى كان من شأنه زيادة الدين ، تحشياً مع فكرة اقتصار نيابة المدينين عن بعضهم فيما ينفع لا فيما يضر . وأصبحت المادة رقمها ٣٠٥ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٢٩٣ الفقرة الأولى (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٨٦ و ص ٨٧ - ص ٨٨) .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكن الحكم كان معمولاً به تطبيقاً للمبدأ القاضي بالأناية فيما يزيد من عبء الالتزام . ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

وفي التقنين المدني السوري المادة ١/٢٩٣ (وهي مطابقة) .

وفي التقنين المدني الليبي المادة ١/٢٨٠ (وهي مطابقة) .

وفي التقنين المدني العراقي المادة ٣٣٠ في صدرها (وهي مطابقة) .

وفي تقنين الموجبات والمقود البناني المادة ٣٨ ، وتجري على الوجه الآتي : إن كلا من المدينين المتضامنين مسئول عن عمله فقط في تنفيذ الموجب ، والإنذار الموجه على أحدهم لا يسرى مفعوله على الآخرين — وهذا النص مطابق في الحكم لنص التقنين المصري .

تطبيق من تطبيقات قاعدة استبعاد النيابة التبادلية حيث يسيء إعمالها إلى مركز المدينين المتضامين ، والإبقاء عليها حيث يفضي ذلك إلى توفير نفع لهم . فكل مدين من المدينين المتضامين لا يسأل في تنفيذ الالتزام إلا عن فعله ، فاذا وقع من أحدهم خطأ جسيم ، ووقع من الثاني خطأ يسير ، وامتنع على الثالث أن يني بالتزامه من جراء سبب أجنبي ، كانت تبعة الأول أشد وقرأ من تبعة الثاني ، وبرئت ذمة الثالث وحده . وقد طبقت المادة ١٢٠٥ من التقنين المدني الفرنسي هذا الحكم ، فقضت بأنه إذا هلك الشيء الواجب أدائه بخطأ واحد أو أكثر من المدينين المتضامين ، أو بعد إعدار المسئول أو المسئولين منهم ، فلا يسقط عن سائر المدينين المتضامين التزامهم بالوفاء بتمن هذا الشيء (١) . ومع ذلك فلا يلزم هؤلاء بالتعويض ، وللدائن فقط أن يقتضى التعويض من المدينين الذين ترتب الهلاك على خطأهم أو الذين أعذروا من قبل (٢) .

ولتصوير ما ورد في المذكرة الإيضاحية نفرض أن ثلاثة باعوا متضامين شيئاً لمشتري واحد ، فهؤلاء الثلاثة مدينون بالتضامن بتسليم الشيء إلى المشتري . فاذا كان اثنان منهم منوطاً بهما حفظ الشيء إلى وقت تسليمه ، وقصر واحد منهما في حفظه تقصيراً جسيماً حتى هلك ، وقصر الآخر في الحفظ تقصيراً يسيراً ، أما الثالث فلم يكن منوطاً به حفظ الشيء كما قدمنا ، فإن الثلاثة يكونون متضامين في رد الثمن إلى المشتري ، وفقاً لأحكام المادة ٤٣٧ مدني والتي تقتضي بأنه إذا هلك البيع قبل التسليم لسبب لا بد للبائع فيه ، انفسخ البيع واسترد المشتري الثمن . ثم إن المدينين الذين ارتكبوا تقصيراً في حفظ الشيء يكونان متضامين في تعويض المشتري ، فوق رد الثمن ، عن التقصير اليسير الذي ارتكبه الثاني منهما . ويكون الأول ، وهو الذي ارتكب الخطأ الجسيم ، مسئولاً وحده عن تعويض إضافي

(١) ويلاحظ أن حكم التقنين المدني الفرنسي في هذه المسألة متقد ، لأن البائع لا يتحمل تبعة هلاك المبيع قبل التسليم - كما يتحمل البائع هذه التبعة في مصر - فكان الواجب ألا يكون البائع الذي لم يصدر من جانبه خطأ مسئولاً حتى عن رد الثمن . أما في مصر ، فهو مسئول عن رد الثمن ، بمقتضى تحمله لتبعة هلاك المبيع . فنص المادة ١٢٠٥ من التقنين المدني الفرنسي هو إذن أكثر انطباقاً على حالة القانون في مصر منه على حالة القانون في فرنسا (انظر آنفاً فقرة ١٨٩ في الهامش) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٨٦ .

بسبب تقصيره الجسم . ثم إن المشتري إذا رجع على المدين الثالث بكل الثمن ، ورجع على المدين الثاني بكل التعويض الناشئ عن التقصير اليسير ، ورجع على المدين الأول بالتعويض الإضافي الناشئ عن التقصير الجسم ، فإن المدين الثالث ، ولم يصدر منه أى تقصير ، يرجع بالثمن الذى رده للبائع على المدينين الأول والثاني كل بقدر حصته ، ثم يرجع المدين الثاني على المدين الأول بحصته فى التعويض عن التقصير اليسير ، ولا يرجع المدين الأول بشئ على أحد فى التعويض الإضافي الذى استحق عليه بسبب تقصيره الجسم ، فهذا فعله هو فيستقل بنتائجه ، ولا يشترك معه أحد فى المسؤولية الناجمة عنه (١) .

وهذا هو أيضا الحكم ، كما رأينا ، فى التضامن الإيجابي . فإذا ارتكب أحد الدائنين المتضامين خطأ ، كان هو وحده المسئول عنه دون سائر الدائنين .

١٩٨ — الإغراء والمطالبة والقضائية : تنص الفقرة الثانية من المادة

٢٩٣ مدنى على ما يأتى :

« وإذا أعتز الدائن أحد المدينين المتضامين أو قاضاه ، فلا يكون لذلك أثر بالنسبة إلى باقى المدينين . أما إذا أعتز أحد المدينين المتضامين الدائن ، فإن باقى المدينين يستفيدون من هذا الإغدار (٢) » .

(١) وإذا كان المدين الثالث يرد الثمن إلى المشتري ، فإن ذلك لا يرجع إلى أنه ملزم نحو الدائن ببلغ قيمة الشئ دون التعويض — كما ذهب الأستاذ عبد الحى حجازى (١ ص ٢٤٠ — ص ٢٤١) — وإنما يرجع كما قدمنا إلى أنه بائع يتحمل تبعة هلاك المبيع قبل التسليم ، أى يرجع إلى قاعدة قانونية أخرى لا علاقة لها بقواعد التضامن (قارن الأستاذ إسمايل غام فى أحكام الالتزام ص ٢٩١ هامش رقم ١ — وانظر أنفاً فقرة ١٨٩ فى الهامش فيما يطلق باستحالة التنفيذ) — ولكن إذا قدر التعويض فى صورة شرط جزائى ، كان المدينون المتضامنون كلهم مسئولين من هذا الشرط الجزائى ، فقد التزموا به جميعاً متضامين عن طريق التماثل ، فهو والمحل الأصل للالتزام فى ذلك سواء (انظر فى هذا المعنى بلانويل وريير وجابوله ٧ فقرة ١٠٨٤ ص ٤٥٧ — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٨٢٢ ص ٦١٨) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٤١٧ من المشروع التمهيدي فى جزأها على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم المادة ٣٠٥ فى المشروع النهائى ، بعد أن جعل النص فقرتين . ثم وافق عليه مجلس النواب =

وهنا أيضا يضطر تطبيق المبدأ العام . فإذا أعذر الدائن أحد المدينين المتضامين ، كان لهذا الإعذار نتائج قانونية بسطناها في الجزء الثاني من الوسيط . منها أن يستحق التعويض على المدين المعذر الذي تغلف عن تنفيذ التزامه ، ومنها أن يتحمل هذا المدين المعذر تبعة هلاك الشيء الواجب التسليم للدائن . ولما كانت هذه النتائج القانونية ضارة بالمدينين المتضامين الآخرين ، فإن إعذار المدين المتضامن لا يسرى أثره في حقهم . فإذا أعذر الدائن أحد المدينين المتضامين ، كان هو وحده الذي يحمل تبعة هلاك الشيء ، وكان هو وحده المسئول عن التعويض . أما المدينون الآخرون فلا يسألون عن التعويض ، ولا يحملون تبعة الهلاك . وإذا أراد الدائن أن يحملهم جميعا هذه النتائج ، وجب عليه أن يعذرهم

= فجلس الشيوخ تحت رقم المادة ٢٩٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٨٦ و ص ٨٧ - ص ٨٨) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدنى السابق المادة ١١٠/١٦٦ ، وهذا نصها : « مطالبة أحد المدينين المتضامين مطالبة رسمية وإقامة الدعوى عليه بالدين يسريان على باقى المدينين » . وقد قدما أن التقنين المدنى السابق يختلف عن التقنين المدنى الجديد فى آثار الإعذار والمطالبة القضائية فى حق أحد المدينين المتضامين ، فإنها فى التقنين السابق تعدى إلى سائر المدينين . وقد سبق تفصيل القول فى ذلك (انظر آتفا فقرة ١٩٦ فى المامش) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٢/٢٩٣ وهى مطابقة — وفى التقنين المدنى الليبى ٢/٢٨٠ وهى مطابقة — وفى التقنين المدنى المراق المادة ٣٣٠ (فى عجزها) وهى مطابقة — وفى تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادتين ٣٠ و ٣٨ : وتنص المادة ٣٠ من هذا التقنين على « أن تأخر الدائن (إعذاره) بالنظر إلى أحد الموجب عليهم يستفيد من نتائج الآخرون » . وتنص المادة ٣٨ منه على « أن كلا من المدينين المتضامين مسئول عن عمله فقط فى تنفيذ الموجب . والإنذار (الإعذار) الموجه على أحدهم لا يسرى مفعوله على الآخرين » . ويلاحظ أن التقنين اللبناني يتفق مع التقنين المصرى فيما يتعلق بالإعذار ، فى التقنينين إعذار الدائن لأحد المدينين المتضامين لا أثر له بالنسبة إلى الباقى ، أما إعذار أحد المدينين المتضامين الدائن فإنه يفيد الباقى . ولكن التقنين اللبناني لم يذكر حكم المطالبة القضائية الموجهة من الدائن إلى أحد المدينين المتضامين ، وهل تقتصر آثارها على هذا المدين فلا تعدى إلى باقى المدينين . ولما كان التقنين اللبناني لا يطبق تطبيقاً مضطرباً مبدأ النيابة التبادلية فيما ينفع لا فيما يضر ، فحكم هذه المسألة فيه يقتضى اجتهداً وإمعاناً فى النظر ، لا سيما أن من آثار المطالبة القضائية قطع التقادم ، وقد صرح التقنين اللبناني كما رأينا (م ٣/٣٦) بأن قطع التقادم بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامين يقطع التقادم بالنسبة إلى الباقين ، وهذا الحكم يتعارض مع المبدأ القاضى بأن المدين المتضامن لا يمثل باقى المدينين فيما يضر .

كلهم ، ولا يقتصر على إعذار واحد منهم فقط . وهذا هو نفس الحكم في التضامن الإيجابي كما رأينا ، فاذا أعذر المدين أحد الدائنين المتضامين ، لم يسر أثر هذا الإعذار في حق الدائنين الآخرين (١).

ولكن إذا أعذر أحد المدينين المتضامين الدائن ، فإن هذا الإعذار تترتب عليه نتائج قانونية ، أهمها أن الشيء ، إذا كانت تبعة هلاكه على المدين ، فبعد أن يعذر المدين الدائن ، تنتقل تبعة هلاكه إلى الدائن . فاذا فرض أن أشخاصا ثلاثة باعوا عينا معينة بالذات لمشتري واحد ، وتضامنوا جميعاً في الالتزام بتسليمها إلى المشتري ، فتبعة هلاك العين قبل التسليم يتحملها الدائمون الثلاثة (م ٤٣٧ مدني) . فاذا أعذر أحد البائعين المتضامين المشتري يدعوه لتسليم العين وتأخر المشتري في تسلمها ، ثم هلكت العين بسبب أجنبي ، فإن المشتري هو الذي يحمل تبعة الهلاك ، فلا يسترد الثمن إذا كان قد دفعه ويلتزم بدفعه إذا كان لم يدفعه ، وذلك لا بالنسبة إلى البائع الذي صدر منه الإعذار وحده ، بل أيضا بالنسبة إلى البائعين الآخرين اللذين لم يصدر منهما الإعذار . وتعليل هذا الحكم هو أن إعذار المدين المتضامن للدائن تفيد نتائج المدينين الآخرين — بعكس إعذار الدائن لأحد المدينين المتضامين — ومن ثم يفيد المدينون الآخرون من هذا الإعذار ، ويتعدى أثره إليهم . وهذا هو أيضا الحكم ، كما رأينا ، في التضامن الإيجابي ، فاعذار أحد الدائنين المتضامين للمدين يفيد سائر الدائنين (٢) .

وقد يقوم الدائن بمطالبة أحد المدينين المتضامين مطالبة قضائية بالدين . ولهذا المطالبة القضائية آثار قانونية مختلفة ، نذكر منها أنها تقطع التقادم ، وأنها تجعل الفوائد تسرى . ولما كانت هذه النتائج ضارة بالمدينين الآخرين ، وكان المدين الذي طوّل مطالبة قضائية لا يمثل الآخرين فيما يضرهم ، لذلك لا تتعدى آثار هذه المطالبة إلى باقي المدينين المتضامين . فيكون المدين الذي طوّل قضائياً هو وحده الذي ينقطع في حقه التقادم ، وهو وحده الذي تسرى

(١) انظر آتفا فقرة ١٤٥ .

(٢) انظر آتفا فقرة ١٤٤ .

في حقه الفوائد القانونية (١). وإذا أراد الدائن أن يجعل هذه النتائج تسرى في حق الآخرين ، وجب عليه أن يطالب كلا منهم على حدة بمطالبة قضائية بالدين ، أو أن يجمعهم كلهم في مطالبة قضائية واحدة (٢).

١٩٩ - الصلح مع أحد المدينين المتضامنين : تنص المادة ٢٩٤ ملئى على ما يأتى :

« إذا تصالح الدائن مع أحد المدينين المتضامنين وتضمن الصلح الإبراء من الدين أو براءة الذمة منه بأية وسيلة أخرى ، استفاد منه الباقيون . أما إذا كان من شأن هذا الصلح أن يرتب في ذمتهم التزاماً أو يزيد فيما هم ملتزمون به ، فإنه لا ينفذ في حقهم إلا إذا قبلوه » (٣).

(١) أما في القانون الفرنسى ، فطالبة الدائن لأحد المدينين المتضامنين تجعل الفوائد تسرى في حق الآخرين (م ١٢٠٧ من التقنين المدنى الفرنسى وانظر بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٢٧ - فقرة ١٢٣٠) . ويعتبر الفقهاء الفرنسيون المعاصرون هذا الحكم بأن المدين الذى طالبه الدائن نواه وفى الدين فى الحال ، لرجع على باقى المدينين بالفوائد ، ويستوى لدى هؤلاء المدينين أن يدفعوا الفوائد للدائن أو أن يدفعوها للمدين الذى وفى الدين . ويقول بلانيول وريبير وجابوليه إن التعليل الحاذق لم يفكر فيه واضعو التقنين المدنى الفرنسى ، وكل ما فصلوا إليه عندما قرروا هذا الحكم هو أن يزيدوا للدائن من مزاي التضاامن ، فيستطيع بمطالبة مدين واحد من المدينين المتضامنين أن يصل إلى نفس النتائج التى كان يصل إليها بمطالبتهم جميعاً (بلانيول وريبير وجابوليه ٧ فقرة ١٠٨٥ ص ٤٥٨) .

(٢) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٨٧ .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٤١٨ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق

لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم المادة ٣٠٦ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٢٩٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٨٩ - ص ٩٠) .

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادة ١١١/١٦٧ ونصها ما يأتى : لا يجوز لأحد المدينين المتضامنين أن يتفرد بفعل ما يوجب الزيادة على ما التزم به باقى المدينين - وهذا النص يمكن أن يستخلص منه أن الصلح الذى يزيد فى الالتزام التضامنى لا يسرى فى حق الباقيين ، وهو ما يتفق مع حكم المادة ٢٩٤ من التقنين المدنى الجديد .

ويقابل فى التقنينات المدنية للبرية الأخرى :

فى التقنين المدنى السورى المادة ٢٩٤ (وهى مطابقة) .

والمفروض هنا أن الالتزام التضامنى متنازع فيه بين الدائن وجميع المدينين المتضامنين ، فعمد الدائن إلى الصلح مع أحد المدينين . فهذا الصلح قد يتخذ اتجاهاً في مصلحة المدينين المتضامنين ، وقد يتخذ اتجاهاً ليس في مصلحتهم .

فإن اتخذ اتجاهاً في مصلحة المدينين المتضامنين ، بأن نزل الدائن فيه عن جزء من الدين ، أو نزل عن فوائده أو عن بعضها ، أو نزل عن شروط كانت تحيط الدين أو عن بعضها ، أو تضمن في أية صورة من الصور تخفيفاً من أعباء الدين ، فإن هذا الصلح من شأنه أن يفيد سائر المدينين . ولما كان المدين الذى وقع معه الصلح يمثل الباقيين فيما ينفعهم ، فإن أثر هذا الصلح يتعدى إليهم ويفيدون منه ، ويجوز لهم الاحتجاج به على الدائن ولو لم يكونوا أطرافاً فيه (١) . وهذا هو أيضاً حكم التضامن الإيجابى فيما قدمناه ، فإذا تصالح أحد الدائنين المتضامنين مع المدين بما يفيد الباقي ، استطاع هؤلاء أن يحتجوا بهذا الصلح (٢) .

أما إذا كان الصلح قد اتخذ اتجاهاً ضد مصلحة المدينين المتضامنين ، بأن سلم المدين الذى وقع معه الصلح بأكثر طلبات الدائن ، أو زاد في الالتزام الأصل ، أو أضاف إليه التزاماً جديداً ، وبوجه عام إذا سوأ مركزه عما كان قبل النزاع ، فإنه لا يعتبر ممثلاً لباقي المدينين فيما يضرهم من ذلك ، ولا يسرى أثر هذا الصلح في حقهم إلا إذا قبلوه وأصبحوا هم كذلك أطرافاً فيه . وهذا

— وفي التقنين المدنى اليابسى المادة ٢٨١ (وهى مطابقة) .

وفي التقنين المدنى العراقى المادة ٣٣١ (وهى مطابقة) .

وفي تقنين الموجبات والمقود البنى المادة ٣٤ ، وتجرى على الوجه الآتى : إن الصلح الذى يعقد بين الدائن وأحد الموجب عليهم يستفيد منه الآخرون إذا كان يتضمن إسقاط الدين أو صيغة أخرى للإبراء ، وهو لا يلزمهم ولا يخرج موقفهم إذا كانوا لم يرضوا به — وهذا الحكم يتفق مع حكم التقنين المدنى المصرى .

(١) استئناف مختلط ٢٨ مايو سنة ١٨٨٥ المجموعة الرسمية للمحاكم المختلطة ١٠ ص ٣٨ — على أنه لا يجوز أن يتمسك المدينون المتضامنون الآخرون بالجزء الذى يفيدهم في الصلح وينبذوا الجزء الذى يضرهم ، فإدام الصلح في مجموعه يفيدهم وتمسكوا به وجب أن يتحملوه كله إذ هو لا يقبل التجزئة (الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام بقرة ٢٠٧ ص ٢٩٤) .

(٢) انظر آنفاً بقرة ١٤٤ .

هو أيضاً حكم التضامن الإيجابي، فإن الصلح الذي يعقده أحد الدائنين المتضامنين مع المدين ويكون ضاراً بصالح باقي الدائنين لا يسرى في حقهم (١) .

ويتضح من ذلك أن المدينين المتضامنين الآخرين هم الذين يكونون الحكم فيما إذا كان الصلح في مصلحتهم أو في غير مصلحتهم ، إذ يجوز لهم أن يقبلوه أو يرفضوه ، وهم يقبلونه إذا قدروا أنه في مصلحتهم ، ويرفضونه إذا قدروا غير ذلك (٢) .

٢٠٠ - إقرار أهر المدينين المتضامنين أو إقرار الدائنين : تنص

الفقرة الأولى من المادة ٢٩٥ من التقنين المدني على ما يأتي :

« إذا أقر أحد المدينين المتضامنين بالدين : فلا يسرى هذا الإقرار في حق الباقين » (٣) .

(١) انظر آنفاً فقرة ١٤٥ — وانظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التهدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٨٩ .

(٢) وفي القانون الفرنسي انقسمت الآراء ، فن الفقهاء من يذهب لمذهب التقنين المصري (لارومبيير ٣ م ١٢٠٨ فقرة ١١ — ديمولومب ٢٦ فقرة ٤١٧) ، ومنهم من يذهب إلى أن الصلح لا يجوز أن يتسلك به المدينون الآخرون . ضاراً كان أو نافعاً (انظر المادة ٢٠٥١ مدني فرنسي — بودري وبارد ٢٢٥٤ فقرة ١٢٥٤ مكررة — بلانيول وريبير وجابول ٧ فقرة ١٠٨٧) .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١/٤١٩ من المشروع التهدي على وجه مطابق

لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم المادة ٣٠٧ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ١/٢٩٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣٠ ص ٩١ — ص ٩٢) .

ويقابل هذا النص المادة ١٦٧/١١١ من التقنين المدني السابق وقد سبق ذكرها ، وهي تنص بأنه لا يجوز لأحد المدينين المتضامنين أن يتفرد بفعل ما يوجب الزيادة على ما التزم به باقي المدينين . ولما كان الإقرار حجة قاصرة على المقر ، فإن أثره لا يمتد إلى المقر إلى غيره من المدينين ، حتى في عهد التقنين المدني السابق .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ١/٢٩٥ (وهي مطابقة) — وفي التقنين المدني الليبي المادة ١/٢٨٢ (وهي مطابقة) — وفي التقنين المدني العراقي المادة ١/٣٣٢ (وهي مطابقة) — ولا مقابل في تقنين الموجبات والعقود اللبناني ، ولكن الحكم الوارد في التقنين المصري ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة في الإقرار ، فيمكن الأخذ به في لبنان دون نص .

والمفروض هنا أن الدائن ليس لديه طريق للإثبات يكون مقبولا في حق المدينين المتضامنين ، كالكتابة ، أو البينة والقرائن فيما تجوز فيه . أما الإقرار فقد رأينا فيما قدمناه عند الكلام في الإثبات أنه حجة قاصرة على المقر ، فلا يتعدى أثره إلى غيره . هذا إلى أن المدين المتضامن عندما يقر بالدين يأتي بعمل يضر ببقية المدينين ، وهو لا يمثلهم فيما لا يضر ، ومن ثم لا يسرى إقراره في حقهم . ولا بد للدائن من إثبات حقه في مواجهة المدينين الآخرين بغير إقرار المدين الأول ، فاما أن يحصل على إقرار من كل مدين على حدة يكون حجة عليه ، وإما أن يثبت الدين بطريق يسرى في حق الجميع كما سبق القول . وهذا هو أيضاً حكم التضامن الإيجابي ، فقد رأينا أن إقرار أحد الدائنين المتضامنين لا يسرى في حق الباقي (١) .

وعلى العكس من ذلك إذا أقر الدائن لأحد المدينين المتضامنين ، فإن هذا الإقرار يفيد الباقي ، ويكون المدين المتضامن وهو يتلقى إقرار الدائن ممثلاً لباقي المدينين فيستطيع هؤلاء أن يتمسكوا بالإقرار ولو كان غير صادر في مواجهتهم (٢) . وهذا هو أيضاً حكم التضامن الإيجابي ، فقد رأينا أن المدين إذا أقر لأحد الدائنين المتضامنين جاز للدائنين الآخرين أن يتمسكوا بهذا الإقرار (٣) .

٢٠١ - حلف الميمين أو النكول عنها : تنص الفقرتان الثانية والثالثة من المادة ٢٩٥ من التقنين المدني على ما يأتي :

٢ - وإذا نكل أحد المدينين المتضامنين عن الميمين أو وجه إلى الدائن عيناً حلفها ، فلا يضر بذلك باقي المدينين .

(١) أنظر آنفاً فقرة ١٤٤ .

(٢) وهذا مالم يكن إقرار الدائن متعلقاً بشيء خاص بالمدين دون غيره ، فلا يتعدى أثر الإقرار في هذه الحالة إلى غير هذا المدين .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ١٤٤ - وانظر المذكرة الإيضاحية لمشروع المقيده في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٩١ .

٣ - وإذا اقتصر الدائن على توجيه اليمين إلى أحد المدينين المتضامنين فحلف ، فإن المدينين الآخرين يستفيدون من ذلك ، (١) .

والمفروض هنا أن الدائن اقتصر على مدين متضامن واحد ، وهنا يمكن أن نتصور حالتين : فاما أن يوجه الدائن اليمين إلى المدين المتضامن ، وإما أن يوجه المدين المتضامن اليمين إلى الدائن .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في الفقرتين الثانية والثالثة من المادة ١٩٩ : من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا الفقرة الثالثة فقد كان نصها في المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « أما إذا حلف المدين المتضامن اليمين ، فإن المدينين الآخرين يستفيدون من ذلك إذا انصبت اليمين على المديونية لا على التضامن » . وفى لجنة المراجعة عدلت هذه الفقرة على الوجه الذى استقرت عليه في التقنين المدنى الجديد ليكون معناها أدق ، وأصبحت المادة رقمها ٣٠٧ في المشروع النهاى . ووافق عليها مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٢٩٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٩١ — ص ٩٢) .

ويقول الأستاذ إسماعيل غانم في صدد التعديل الذى أجرته لجنة المراجعة ما يأتى : « يلاحظ أن المادة ٤١٩/٣ من المشروع التمهيدى ، وهى تقابل المادة ٢٩٥ من التقنين ، كانت تنص على أن المدينين الآخرين يستفيدون من حلف المدين المتضامن اليمين إذا انصبت اليمين على المديونية لا على التضامن : أنظر أيضاً م ١/٣٦٥ مدنى فرنسى . وقد عدل هذا النص فى لجنة المراجعة فحلفت المبراة الأخيرة ، وقد وصف تعديل المادة على هذا الوجه بأنه تعديل لفظى يحمل معناها أدق : الأعمال التحضيرية ٣ ص ٩٢ . والحقيقة أنه لا يتصور استفادة المدينين من يمين يحلفها أحدهم ينكر بها وجود التضامن ، إذ أن أساس الاستفادة من اليمين هو مبدأ النياية التبادلية وهو لا يوجد إلا بوجود التضامن » (أحكام الالتزام ص ٢٩٥ هامش رقم ١) .

وليس للنص مقابل في التقنين المدنى السابق . وكان مبدأ النياية التبادلية ، كما كان مفهوماً في عهد هذا التقنين ، يقضى بأن نكول أحد المدينين المتضامنين لا يضر الباقى ، أما حلفه اليمين فيغيثهم . ويقوم الشك فيما إذا حلف الدائن يميناً وجهها إليه أحد المدينين المتضامنين ، هل يضر بذلك باقى المدينين ؟

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدنى السورى المادة ٢٩٥/٣٠٢ (مطابقة) — وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٢٨٢/٣٠٢ (مطابقة) — وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٢٣٢/٣٠٢ (مطابقة لنص المشروع التمهيدى ولا تختلف فى الحكم) — وفى تقنين الموجبات والمقود البنائى المادة ٣٧ ، وتجبرى على الوجه الآتى : إذا وجد التضامن بين المدينين أمكن كلا منهم أن يبرى ذمة الآخرين جديماً ... (٤) بأن يحلف اليمين عند الاقتضاء على علم وجوب دين ما — وهذا الحكم يتفق مع حكم التقنين المصرى فى صورة ما إذا وجه الدائن إلى أحد المدينين المتضامنين اليمين فحلفها ، ولم يرد نص فى التقنين البنائى عن الصور الأخرى .

ففي الحالة الأولى التي يوجه فيها الدائن اليمين إلى المدين المتضامن ، إما أن يحلف المدين وإما أن ينكل . فان حلف ، فان هذا الحلف من شأنه أن يفيد باقي المدينين ، فيستطيع هؤلاء أن يتمسكوا به ، ولو لم يكونوا هم الذين حلفوا (١) . وهذا ما تقتضيه به الفقرة الثالثة من المادة ٢٩٥ . وإن نكل المدين الذي وجهت إليه اليمين ، فان هذا يكون بمثابة الإقرار ، وقد رأينا أن الإقرار حجة قاصرة على المقر فلا يسرى في حق المدينين الآخرين ، هذا إلى أن النكول عمل ضار بباقي المدينين فلا يكون المدين الذي نكل مثلاً لهم فيه ولا يسرى عليهم نكوله . وهذا ما تقتضيه به الفقرة الثانية من المادة ٢٩٥ . وهذا هو أيضاً حكم التضامن الإيجابي ، فقد رأينا أنه إذا وجه المدين اليمين إلى أحد الدائنين المتضامين فنكل لم يضر نكوله بباقي الدائنين (٢) .

وفي الحالة الثانية التي يوجه فيها المدين المتضامن اليمين إلى الدائن ، إما أن يحلف الدائن وإما أن ينكل . فان حلف ، فان هذا الحلف عمل يضر بسائر المدينين الذين لم يخاطبوا بتوجيه اليمين إلى الدائن ، فيكون المدين الذي وجه اليمين غير ممثل لهم في هذا التوجيه ، ولا يتعدى إليهم أثر حلف الدائن لليمين ولا يضارون بذلك ، وهذا ما تقتضيه به الفقرة الثانية من المادة ٢٩٥ . وإن نكل الدائن عن اليمين التي وجهها إليه المدين المتضامن ، فان نكوله يكون بمثابة إقرار منه . وهذا الإقرار — إذا لم يكن في شيء خاص بالمدين الذي وجه اليمين دون غيره — نافع لسائر المدينين المتضامين ، فيستطيع هؤلاء أن يتمسكوا بهذا النكول ، ولو لم يكونوا هم الذين وجهوا اليمين . ولم يرد نص صريح في هذه الصورة ، ولكن الحكم الذي أوردناه ليس إلا تطبيقاً للمبدأ العام ، فيؤخذ به دون نص . وقد رأينا في التضامن الإيجابي أنه إذا وجه أحد الدائنين المتضامين اليمين إلى المدين فحلف ، فان هذا الحلف وهو يضر بالدائنين الآخرين لا يسرى

(١) والفروض أن الدائن قد « اقتصر » — كما يقول النص — في توجيه اليمين على أحد المدينين المتضامين . أما إذا وجه اليمين إليهم جميعاً ، فحلف بعضهم ونكل بعض آخر ، فنشكل منهم بضار بنكوله ولا يستفيد من أن الآخرين قد حلفوا (بلانيول وريبير وجابوله ٧ فقرة ١٠٨٢ ص ٤٥٢ — الأستاذ إسحاق غانم في أحكام الالتزام فقرة ٢٠٨) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ١٤٥ .

في حقهم ، أما إذا نكل فإن النكل يفيدهم فيستطيعون أن يتمسكوا به (١) .

٢٠٢ — صدور حكم على أمر الرأىين المتضامين أو لصالحه :

تنص المادة ٢٩٦ من التقنين المدني على ما يأتي :

١ — إذا صدر حكم على أحد المدينين المتضامين ، فلا يحتاج بهذا الحكم على الباقيين .

٢ — أما إذا صدر الحكم لصالح أحدهم ، فيستفيد منه الباقيون ، إلا إذا كان الحكم مبنيًا على سبب خاص بالمدين الذي صدر الحكم لصالحه (٢) .

وأخيرًا يورد ، هنا ، التقنين المدني تطبيقاً للمبدأ العام السالف الذكر في حالة صدور حكم على أحد المدينين المتضامين أو لصالحه .

فاذا صدر حكم على أحد المدينين المتضامين وحده ، دون أن يكون باقي

(١) انظر آنفاً فقرة ١٤٥ — وانظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموع الأعمال التحضيرية ٣ ص ٩١ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٤٢٠ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم المادة ٣٠٨ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٢٩١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٩٣ — ص ٩٤) .

وليس للنص مقابل في التقنين المدنى السابق . ولكننا رأينا أن الحكم على أحد المدينين المتضامين ، في عهد هذا التقنين ، يكون حكماً على الباقي ، إلا إذا ثبت أن المدين المحكوم عليه متواطئ مع الدائن أو إذ أهل في الدفاع عن حقه أو ثبت أن أحد المدينين غير المحكوم عليهم عنده دفع خاص به . ومن باب أول إذا صدر الحكم لصالح أحد المدينين المتضامين ، أفاد منه الباقي (انظر آنفاً فقرة ١٩٦ في الهامش) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدنى السوري المادة ٢٩٦ (وهي مطابقة) — وفي التقنين المدنى الليبي المادة ٢٨٣ (وهي مطابقة) — وفي التقنين المدنى العراقى المادة ٣٣٣ (وهي مطابقة) — وفي تقنين الموجبات والعمود البنائى المادة ١/٣٦ ، وتجرى على الوجه الآتى : ليس للحكم الصادر على أحد المدينين المتضامين قوة القضية المحككة بالنظر إلى المدينين الآخرين ، أما الحكم الصادر لمصلحة أحد المدينين فيستفيد منه الآخرون إلا إذا كان مبنيًا على سبب يتعلق بشخص المدين الذى حصل على الحكم — وهذا النص يتفق في الحكم مع نص التقنين المصرى .

المدينين المتضامين داخلين في الدعوى ، فان هذا أمر ضار بهم ، فلا يسرى الحكم في حقهم ولا يحتج عليهم به (١). ويجب على الدائن إما أن يدخل باقي المدينين المتضامين في الدعوى ليصدر الحكم في مواجهتهم ، أو أن يرفع عليهم دعوى أو دعاوى أخرى ، ليكون الحكم سارياً في حق من رفع عليه الدعوى (٢). وهذا هو أيضاً حكم التضامن الإيجابي ، فقد رأينا أنه إذا صدر حكم على أحد الدائنين المتضامين لم يكن هذا الحكم سارياً في حق الدائنين الآخرين (٣). ويلاحظ أنه إذا جمع الدائن كل المدينين المتضامين في الدعوى ، وصدر حكم ضدهم ، فان الطعن في هذا الحكم من أحد المدينين المتضامين يفيد الباقي (٤).

(١) ومع ذلك يجوز لم أن يصنوا في الحكم بطريق اعتراض الشخص الخارج عن الخصومة (م ٢/٤٥٠ مرافعات) ، وذلك بدلا من أن ينتظروا رجوع المدين المحكوم عليه عند تنفيذ الحكم ووفائه الدين كله ، إذ هو في هذه الحالة يرجع عليهم كل بقدر حصته في الدين . وهم ، إذا كانوا يستطيعون دفع هذا الرجوع عندئذ ، قد يفضلون المبادأة ، فيبادرون إلى الطعن في الحكم ذاته بطريق الاعتراض كما قدسنا (انظر الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ٢٠٩ ص ٢٩٥) .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف الأهلية بأنه يجوز لمن سعى عليه أن يطلب الحكم بالتضامن أن يرفع دعوى من جديد باعتبار المحكوم عليهم في الدعوى الأولى متضامين في الوفاء (١٠ نوفمبر سنة ١٩١٥ الشرائع ٣ ص ١٧٩) .
(٣) انظر آنفاً فقرة ١٤٥ .

(٤) وقد قضى بأنه إذا رفع أحد المدينين المتضامين معارضة أو استئنافاً ، استفاد الآخرون : استئناف مختلط ٣٠ مايو سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٨٦ — ٢٨ يناير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١١١ — أول ديسمبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ ص ٥٨ — ٣١ يناير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١١٨ — ٣ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٠٣ — ١٤ مارس سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٢٨٧ — ١٥ يوفيه سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٣٩٦ — ١٤ نوفمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ٢٣ — ١٣ مارس سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٢٨١ — ٢١ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٥١ — ٢٠ فبراير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٠٤ — ٢٠ مارس سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢١٦ — ١١ يناير سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٩٦ — إلا إذا كان المطلوب من أحدهم يخالف المطلوب من الآخرين : استئناف مختلط ٢٢ يناير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٧٧ — ٢٠ مارس سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٦٩ — ١١ مارس ١٩٣٦ م ٤٧ ص ١٨١ . ويقتصر من يستفيد منهم على أوجه الدفع المشتركة بينهم وبين من رفع الطعن ، فلا يعرضون لأوجه الدفع الخاصة بهم ما داموا هم لم يرفعوا طعنًا في اليعاد : استئناف مختلط ١١ نوفمبر سنة ١٨٩٧ م ١٠ ص ٧ . وإذا رفع أحد المدينين المتضامين معارضة في شروط البيع (dire) ، استفاد المدينون الآخرون : استئناف مختلط ١٧ يوفيه سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٥٢ ، وهذا ما لم يكن قد صدر حكم نهائي حاز قوة الأمر =

وإذا صدر في الطعن حكم ضد المدين الذي رفع الطعن ، لم يضار الباقون به ، وكان لكل منهم حق الطعن في الحكم الأول إذا كان طريق الطعن لا يزال مفتوحاً أمامه (١).

وإذا صدر حكم لصالح أحد المدينين المتضامنين ، دون أن يكون باقي المدينين المتضامنين داخلين في الدعوى ، فإن هذا أمر نافع لهم ، فيفيدون منه ويستطيعون أن يحتجوا بهذا الحكم (٢). وهذا ما لم يكن الحكم الذي صدر لمصلحة المدين

= المقضى بالنسبة إلى أحدهم فلا يستفيد من طعن رفعه غيره : استئناف مختلط ٢٣ يونيو سنة ١٩١٠ م ٢٢٠ ص ٣٨٠ — وإذا رأت محكمة الدرجة الأولى أن هناك نقصاناً في المسؤولية بين شخصين ، واستأنف أحدهما حكمها ، وقضى استئنافياً بعدم وجود التضامن بينهما ، استفاد المدين الآخر من هذا الحكم ولو لم يستأنف : بئى سوف ٢٠ يناير سنة ١٩٠٩ الجمعية الرسمية ١٠ ص ٢٣٩ .

(١) ذلك لأنه إذا صدر حكم ضد المدينين المتضامنين جميعاً ، لم يترتب على إعلانه لأحدهم سريان مواعيد الطعن بالنسبة إلى الباقين ، بل يبقى كل من هؤلاء لا تسرى مواعيد الطعن قبله حتى يفلن بالحكم . وإذا أعلن أحدهم بالحكم وانقضت مواعيد الطعن بالنسبة إليه ، وبقي الطعن مفتوحاً بالنسبة إلى مدين آخر ، وطعن هذا في الحكم ، فلم يدين الذي انقضى مهلة الطعن بالنسبة إليه أن ينضم المدين الذي رفع الطعن في المهاد ويطلب الاستفادة من طعنه . وقد قضت محكمة النقض بأن رفع الاستئناف من أحد المدينين المتضامنين يستفيد منه الباقون ، ولم أن ينضموا إليه في استئنافه ولو بعد المهاد (نقض مدني ٢١ ديسمبر سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٣ رقم ١٨ ص ٣٦ — ١٦ يناير سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ٩٠ ص ١٩٧) . وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٣٨٤ في تقنين المرافعات على ما يأتي : « على أنه إذا كان الحكم صادراً في موضوع غير قابل للتجزئة أو في التزام بالتضامن أو في دعوى يوجب القانون فيها اختصاص أشخاص معينين ، جاز لمن فوت مهلة الطعن من المحكوم عليهم أو قبل الحكم أن يطعن فيه أثناء نظر الطعن المرفوع في المهاد من أحد زملائه متضمناً إليه في طلباته . وإذا رفع الطعن على أحد المحكوم لهم في المهاد ، وجب اختصاص الباقين ولو بعد فواته بالنسبة لهم » . فإذا لم ينضم المدين الذي فوت مهلة الطعن إلى زميله الذي رفع الطعن في المهاد لطلب الاستفادة من هذا الطعن ، بقى الحكم الصادر ضده نهائياً بالنسبة إليه . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأنه إذا حكم على أشخاص بالتضامن ، ثم رفع بعضهم استئنافاً عن الحكم ولم يستأنف البعض ، ولم يحضر أمام محكمة الاستئناف لطلب الاستفادة من الاستئناف المرفوع من الآخرين : كان لمكة الاستئناف أن تعتبر الحكم الابتدائي انتهائياً بالنسبة إليه ، لأنه هو الذي بعدم حضوره أمام محكمة الاستئناف قد فوت على نفسه فرصة إيداء طلب الاستفادة من الاستئناف المرفوع من الآخرين (نقض مدني ٣ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر ١ رقم ١٢ ص ٢٣) .

(٢) استئناف مختلط ١٩ أبريل سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٣٩٣ — ولكن لا يستطيعون التظلم به . وإذا طعن الدائن في هذا الحكم ، فصدر في الطعن حكم بإلغائه ، زال أثر الحكم الأول بالنسبة إلى سائر المدينين ولم يحجز لهم الاحتجاج به بعد ذلك .

المتضامن مبنياً على سبب خاص به كأن يكون الدين بالنسبة إليه قد شابه سبب من أسباب البطلان ، فعند ذلك يصدر الحكم بإبطال الدين بالنسبة إليه وحده ، دون أن يتعدى أثر الحكم إلى المدينين المتضامنين الآخرين . ومثل ذلك أيضا أن يكون دين المدين المتضامن معلقا على شرط ولم يتحقق الشرط ، فالحكم الصادر بزوال الدين لتخلف الشرط لا يتعدى أثره إلى المدينين الآخرين الذين كانت ديونهم منجزة (١). وهذا هو أيضا حكم التضامن الإيجابي ، فقد رأينا أنه إذا صدر حكم لصالح أحد الدائنين المتضامنين أفاد منه الباقيون (٢). ويلاحظ أنه إذا جمع الدائن كل المدينين المتضامنين في الدعوى ، وصدر حكم لصالحهم ، فإن الطعن في هذا الحكم من الدائن بالنسبة إلى أحد منهم لا يضر الباقيين (٣) ، وإذا حصل الدائن في الطعن على حكم لصالحه يلغى الحكم الأول ، فإن هذا الحكم لا يسرى في حق الباقيين الذين لم يدخلوا في هذا الطعن (٤).

(١) استئناف أهل ١٩ أكتوبر سنة ١٨٩٧ القضاء ٥ من ١٣ — استئناف مختلط ١٣ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ من ٢٣١ .

(٢) انظر آنفا فقرة ١٤٤ .

(٣) وإعلان هذا الحكم من أحد المدينين المتضامنين يجعل مياد الطعن يسرى لصالحه ولصالح باقي المدينين المتضامنين : استئناف مختلط ٢٢ أبريل سنة ١٩٢٦ م ٣٨ من ٣٦٠ — أول مارس سنة ١٩٢٧ م ٣٩ من ٢٨٦ — ٣١ مارس سنة ١٩٣٤ م ٤٦ من ٢١٩ — عل أنه إذا أعلن أحد المدينين المتضامنين الحكم الصادر لصالح الجميع ، ورفع الدائن الاستئناف بعد الميعاد ، وجب على المدين الذي لم يعلن الحكم أن يدخل في هذا الاستئناف طالبا الاستفادة منه والحكم بعدم قبول الاستئناف لرفضه بعد الميعاد ، لا فحسب بالنسبة إلى زميله الذي أعلن الحكم ، بل أيضا بالنسبة إليه هو . فإذا لم يدخل في الاستئناف عل هذا النحو ، ولم ينقض مياد الاستئناف بالنسبة إليه لعدم إعلانه الحكم ، لم يكن له أن يدفع بعدم قبول الاستئناف الذي يرفضه عليه الدائن . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأنه إذا كان اثنان من المحكوم لم قد تمسكا بأنهما أعلن الحكم الابتدائي المستأنف وأنه لم يرفع الاستئناف إلا بعد الميعاد ، فتنازل المسأنف عن اختصاصهما وقصر طلباته عل ما ادعاه قبل ثالث المحكوم لم الذي لم يعلن الحكم الابتدائي المستأنف ولم يحضر ولم يطلب الاستفادة من أن زميله المحكوم لصالحهما معه قد أعلن الحكم ، ولم يبين كيف كان له أن يستفيد من إعلان غيره ، فلا يجوز لمحكمة الاستئناف أن تعتبر الاستئناف غير مقبول محكلا في حقه (نقض مذق ٢٠ يونيو سنة ١٩٣٥ مجموعة عمرا رقم ٢٨٧ من ٨٧٣).

(٤) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « ويراعى أن الحكم الصادر لصالح أحد القدينين المتضامنين يزول أثره بالنسبة لباقي المدينين إذا قضت بالفائه هيئة قضائية مختصة ، ولكن إذا اغتصم الدائن جميع المدينين في الدعوى وصدر حكم لصالحهم ، ثم قضى بالفائه هذا »

المطلب الثاني

علاقة المدينين المتضامنين بعضهم ببعض

٢٠٣ - **النصوص القانونية :** تنص المادة ٢٩٧ من التقنين المدني على ما يأتي :

١ - إذا وفى أحد المدينين المتضامنين كل الدين ، فلا يجوز له أن يرجع على أى من الباقيين إلا بقدر حصته فى الدين ، ولو كان بماله من حق الحلول قد رجع بدعوى الدائن .

٢ - وينقسم الدين إذا وفاه أحد المدينين حصصاً متساوية بين الجميع ، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك .

= الحكم بالنسبة لأحدهم فيما بعد ، فلا يضر الباقون بذلك . أما إذا صدر الحكم عليهم ، فلا يترتب على إعلانه لأحدهم سريان مواعيد المعارضة والاستئناف والتقص بالنسبة الباقيين (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٩٤ وانظر أيضاً ص ٩٣ - ٩٤) .

أما فى القانون الفرنسى ، فقد احتدم الخلاف : فن الفقهاء من يذهب إلى أن الحكم الصادر ضد أحد المدينين المتضامنين يحتاج به على الباقي ، ومن ياب أول إذا صدر الحكم لصالح أحدهم جاز الباقي أن يتسكوا بهذا الحكم (لارومبيير ٣ م ١٢٠٨ فقرة ١٩ - ديولوب ٢٦ فقرة ٣٧٤ - هيك ٧ فقرة ٣٢٨ - بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٣١ - بلانيول وريبير وجابوله ٧ فقرة ١٠٨٦) . ومنهم من يذهب إلى أن الحكم لا يبرى فى حق الآخرين ، سواء كان صادراً ضد المدين المتضامن أو لصالحه (كوليه دى سانتيز ٥ فقرة ٣٢٨ مكررة ٢٤ - لوران ٢٠ فقرة ١٢٠) . ومنهم من يذهب إلى أن الحكم الصادر لمصلحة المدين يتمسك به الآخرون ، والحكم الصادر ضده لا يحتاج به عليهم ، كما هو الحكم فى التقنين المصرى بصريح النص (ذيرانتون ١٣ فقرة ٥١٩ - فقرة ٥٢٠ - ماركاديه ٥ فقرة ١٣) - وإذا صدر حكم ضد المدينين المتضامنين جميعاً ، فالظن المرفوع من أحدهم يفيد الباقيين (بلانيول وريبير وجابوله ٧ فقرة ١٠٨٦ ص ٤٥٩ - ص ٤٦١) . وإذا صدر حكم لصالح المدينين المتضامنين وأعلن أحدهم الحكم للدائن وانقضت مواعيد الظن بالنسبة إليه ، ثم طعن الدائن فى الحكم بالنسبة إلى الباقيين فى اليماد القانونى ، فإن هذا الظن لا يضر بالمدين الذى انقضى ميعاد الظن بالنسبة إليه ، ويجب على الدائن فى طعنه ضد الباقيين أن يستنزل حصة هذا المدين (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٣٦ مكررة - وانظر أيضاً فى الموضوع بلانيول وريبير وجابوله ٧ فقرة ١٠٩٦) .

وتنص المادة ٢٩٨ على ما يأتي :

« إذا أعسر أحد المدينين المتضامنين ، تحمل تبعة هذا الإعسار المدين الذي
وفي بالدين وسائر المدينين الموسرين ، كل بقدر حصته » .

وتنص المادة ٢٩٩ على ما يأتي :

« إذا كان أحد المدينين المتضامنين هو وحده صاحب المصلحة في الدين ،
فهو الذي يتحمل به كله نحو الباقيين (١) » .

وتقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق المادة ١٧١/١١٥ (٢) .

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى: في التقنين المدني السوري المواد
٢٩٧ — ٢٩٩ . وفي التقنين المدني الليبي المواد ٢٨٤ — ٢٨٦ — وفي التقنين

(١) تاريخ النصوص :

م ٢٩٧ : ورد هذا النص في المادة ٤٢١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر
عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم المادة ٣٠٩ في المشروع
النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فجلس للشيخ تحت رقم ٢٩٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣
ص ٩٥ — ص ٩٦) .

م ٢٩٨ : ورد هذا النص في المادة ٤٢٢ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر
عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم المادة ٣١٠ في المشروع
النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فجلس للشيخ تحت رقم ٢٩٨ (مجموعة الأعمال
التحضيرية ٣ ص ٩٧) .

م ٢٩٩ : ورد هذا النص في المادة ٤٢٣ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر
عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم المادة ٣١١ في المشروع
النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فجلس للشيخ تحت رقم ٢٩٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣
ص ٩٨ — ص ١٠٠) .

(٢) التقنين المدني السابق م ١٧١/١١٥ : إذا قام أحد المتضامنين في الدين بأدائه أو وفاه
بطريق المقاصة مع الدائن ، جاز له الرجوع على باقى المدينين كل بقدر حصته ، وتوزع حصة
المعسر منهم على جميع الموسرين .

ولا فرق في الأحكام ما بين التقنينين الجديد والقديم . ويلاحظ أن التقنين القديم ذكر المقاصة
وحدها إلى جانب الوفاء ، ولكن المقاصة في هذا كثيرها من طرق انقضاء الالتزام ، كالتجديد
واحد التمهيد ، وذلك متى كان الدائن قد طالب المدين الذى قام به سبب انقضاء الالتزام ووقف
عنده . أما إذا طالب غيره من المدينين المتضامنين ، فقد رأينا أن كل مدين منهم لا يجوز له أن
يحتج على الدائن إلا بمقدار حصة المدين الذى قام به سبب الانقضاء .

المبنى العراقي المادتين ٣٣٤ - ٣٣٥ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المواد ٣٩ - ٤١ (١) .

ويتبين من هذه النصوص أنه إذا وفي أحد المدينين المتضامين الدائن كل الدين ، كان له حق الرجوع على المدينين المتضامين معه . وحق الرجوع هذا إما أن يكون بالدعوى الشخصية ، أو بدعوى الحلول . وسواء كان الرجوع بهذه الدعوى أو بتلك ، فإن الدين ينقسم على المدينين المتضامين ، والأصل أن ينقسم حصصاً متساوية بين الجميع ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك . وأياً كانت حصة المدين المتضامن عند انقسام الدين على الجميع ، فإن كل مدين متضامن . وسر يتحمل نصيبه في حصة المعسر من المدينين المتضامين ، وذلك بنسبة حصته هو في الدين . على أنه قد يتبين أن واحداً أو أكثر من المدينين هم أصحاب المصلحة في الدين ، فعند ذلك لا ينقسم الدين على الباقي ، ويتحمل أصحاب المصلحة وحدهم كل الدين في علاقتهم بالمدينين الآخرين .

فعندنا إذن مسائل خمس نبحثها على التعاقب :

(١) متى يكون للمدين المتضامن حق الرجوع على المدينين المتضامين الآخرين .

(٢) الأساس القانوني لهذا الرجوع : الدعوى الشخصية ودعوى الحلول .

(٣) انقسام الدين على المدينين المتضامين وتعيين حصة كل منهم .

(٤) تحمل المومرين من المدينين المتضامين لحصص المعسرين منهم .

(٥) تحمل أصحاب المصلحة في الدين وحدهم بكل الدين .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري ٢٩٧م - ٢٩٩م (مطابقة) .

التقنين المدني الليبي م ٢٨٤ - ٢٨٦ (مطابقة) .

التقنين المدني العراقي م ٣٣٤ : ١ - لمن قضى الدين من المدينين المتضامين الرجوع على

الباقين بما دفعه زائداً على ما هو واجب عليه ، كل بقدر حصته .

٢ - فإن كان أحد منهم معسراً ، تحمل تبعه هذا الاضرار المدين الذي وفي بالدين وسائر

لمدينين المومرين ، كل بقدر حصته .

م ٣٣٥ : ١ - إذا قضى أحد المدينين المتضامين الدين بغير الشيء الواجب أدائه ، =

(م ٢٢ - الوسيط)

وهذه هي المسائل التي بحثناها في التضامن الإجباري ، إلا أنها تحتاج إلى مزيد من التفصيل في التضامن السلي لأهميته العملية كما سلف القول .

٢٠٤ — متى يكوره للمدين التضامن مع الرجوع على المدينين

التضامن المتأخرين : التضامن لا يقوم إلا في العلاقة ما بين الدائن والمدينين المتضامنين . أما في علاقة المدينين بعضهم ببعض ، فإن الدين ينقسم عليهم ، ويكون لمن وفي منهم الدين للدائن حق الرجوع على الآخرين ، كل بقدر حصته كما سيأتي .

وحق الرجوع يثبت للمدين إذا وفي كل الدين ، كما جاء في صدر المادة ٢٩٧

— أو بطريق آخر يقوم مقام الوفاء كالمدة أو الحوالة ، رجع على بقية المدينين بما ضمن لا بما أدى .
٢ — وإذا كان أحد المدينين المتضامنين هو وحده صاحب المصلحة في الدين ، فهو الذي يتحمل كله قبل الباقين .

وهذه النصوص تنفق أحكامها مع أحكام التقنين المصري ، فيما عدا أن التقنين العراقي ينص على أنه إذا أدى المدين الدين بغير الشيء الواجب أدائه أو بطريق آخر غير الوفاء كالمدة أو الحوالة ، رجع على بقية المدينين كل بقدر حصته الدين الأصلي ، ولو أدى هو للدائن أقل من ذلك أو أكثر . وهذا مأخوذ من الفقه الإسلامي .

تقنين الموجبات والمفود البتاني م ٣٩ : أن موجب التضامن ينقسم حكماً بالنظر إلى علاقات المدينين بعضهم ببعض ، فهم فيما بينهم لا يلزم أحد منهم إلا بنسبة حصته . وإن الحصص التي يلزم بها المديونون بمقتضى أحكام الفقرة السابقة هي متساوية إلا فيما يلي :
١ — إذا كان العقد يصرح بالعكس .

٢ — إذا كانت مصالح المدينين غير متساوية . وإذا كانت المصلحة في الدين لأحد المدينين وحده ، وجب اعتبار الآخرين كفلاء في علاقتهم به .

م ٤٠ : إن المدينون في موجب التضامن إذا وفي مجموع الدين ، كان له حق الرجوع على المدينين الآخرين بما يتجاوز حصته . وأمكنه إذ ذاك أن يقيم الدعوى الشخصية أو الدعوى التي يحق للدائن إقامتها مع ما يختص بها من التأمينات عند الاقتضاء . ولكن ، أية كانت الدعوى التي يقيمها ، لا يحق له أن يتطلب من كل مدين إلا الحصة التي يجب عليه نهائياً أن يتحملها .

م ٤١ : إذا وجد بين المدينين المتضامنين شخص أو عدة أشخاص غائبين أو غير مقتدرين على الدفع ، فإن أعباءهم من الدين يتحملها المديونون الحاضرون وذوو الاقتدار بنسبة ما يجب على كل منهم أن يتحملة من الدين ، ذلك كله إذا لم يكن نص مخالف .
وهذه النصوص تنفق في أحكامها مع نصوص التقنين المصري .

صالفة الذكر . وفي المدين المتضامن الدين كله للدائن إما لأن الدائن طالبه بذلك بموجب التضامن كما رأينا فيما تقدم (١) ، وإما لأن المدين المتضامن تقدم من تلقاء نفسه بوفاء الدين كله للدائن وقد سبق أن ذكرنا أن الدائن في هذه الحالة لا يستطيع أن يرفض هذا الوفاء .

وليس من الضروري ، حتى يثبت حق الرجوع للمدين ، أن يكون المدين قد وفى الدين فعلاً ، بل يكفي أن يكون قد قضى الدين نحو الدائن بطريق يقوم مقام الوفاء (٢) . فيجوز أن يكون قد وفاه الدين بمقابل (٣) . ويجوز أن يكون قد وفاه الدين بطريق المقاصة ، ولكن يشترط في ذلك أن يكون الدائن قد طالب بالدين هذا المدين بالذات الذى قام به سبب المقاصة ، فعند ذلك يتمسك المدين بانقضاء الدين بالمقاصة فينقض الدين ، وتبرأ ذمته منه كما تبرأ ذمة المدينين المتضامين الآخرين ، فيرجع على هؤلاء كل بقدر حصته . أما إذا طالب الدائن بالدين مدينًا متضامنًا آخر غير الذى قام به سبب المقاصة ، لم يستطع هذا المدين الآخر أن يتمسك بالمقاصة إلا بقدر حصة المدين الذى وقمت معه ، وعليه أن يدفع للدائن الدين بعد أن يستنزل منه هذه الحصة ، ثم يكون له بعد

-
- (١) وقد قفست محكمة النقض بأن من مصلحة المدين التى رفعت عليه دعوى تعويض بالتضامن مع مدين آخر أن يقاضى في نفس الوقت ذلك المدين الآخر ، ويطلب إلى المحكمة في حالة الحكم عليه بذلك الدين أن تقضى له بحق الرجوع على المدين الآخر بكافة ما يحكم به عليه هو إذا كان لديه من الأسباب ما يقتضى عدم ملزوميته شخصياً بشئ من الدين . ومصلحته في ذلك محققة لا احتمالية فقط ، لأن رفع الدعوى عليه يبدى الأمر بصفته مدينًا متضامنًا مع المدين الآخر منته التزاه في النهاية يجزء من الدين ، سواء اختار الدائن للتنفيذ عليه هو بما حكمت به المحكمة ثم رجع على زميله المدين بحصته فيما حكم به ، أو كان الدائن قد اختار التنفيذ على المدين الآخر ثم رجع هذا المدين الآخر على المدين الأول بحصته فيما حكم به طبقاً لحكم المادة ١١٥ مدنى (قديم) . وهذه المصلحة المحققة من أول الأمر هي التي تبيح لذلك المدين الرجوع على زميله المدين في نفس الوقت الذى رفعت فيه دعوى التعويض الأصلية على المدينين معاً والمطالبة بالحكم له على المدين الآخر بكل ما يحكم به عليه (نقض مدنى ٢٥ مايو سنة ١٩٣٦ المجموعة الرسمية ٣٧ رقم ١٩٣) .
- (٢) ولكن لا يكفي أن يكون الدين قد حل وأن يتوقع المدين أن الدائن سيرجع عليه هو دون سائر المدينين ، حتى يكون ذلك مبرراً للمدين في الرجوع مقدماً على سائر المدينين خشية إفسادهم . بل لابد من أن يكون المدين قد قضى الدين فعلاً إما بالوفاء ، وإما بطريق يقوم مقام الوفاء (بيدان ولا جارد ٨ ص ٦١٥ هاشم رقم ٣ — قازن بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٧٢) .
- (٣) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٤٦ .

ذلك حق الرجوع على المدينين الآخرين . كذلك قد يوفى المدين المتضامن الدين بطريق التجديد ، وقد رأينا أنه مالم يحفظ الدائن بحقه قبل المدينين الآخرين فإن ذمة هؤلاء تبرا بالتجديد الذى وقع (م ٢٨٦ مدني) ، وعند ذلك يكون للمدين الذى وقع منه التجديد حق الرجوع على المدينين الآخرين كل بقدر حصته . ويجوز أن يوفى المدين المتضامن الدين بطريق اتحاد الذمة ، فإن كان المدين هو الذى ورث الدائن ، فقد رأينا أنه يجوز له أن يرجع باعتباره مديناً وفى الدين على باقى المدينين المتضامين كل بقدر حصته . أما الإبراء فليس بوفاء للدين ، ولا هو طريق يقوم مقام الوفاء . وقد رأينا أن الدائن إذا أبرأ المدين ، فاما أن يرجع على المدينين الآخرين بالدين بعد أن يستزل حصة المدين الذى أبرأه ، وإما أن يطالب أياً منهم بكل الدين ، وإما ألا يطالب أياً منهم بشيء ، وفى كل هذه الأحوال لا يرجع المدين الذى أبرأه الدائن بشيء على المدينين الآخرين (١) . وكذلك إذا تقادم الدين بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامين ، لم يعتبر هذا وفاء يميز لهذا المدين أن يرجع على المدينين ، لأنه هو لم يدفع الدين أو مقابلاً له ، وقد رأينا أن الدائن فى هذه الحالة يستطيع أن يطالب أياً من المدينين الآخرين بالدين بعد أن يستزل حصة من تقادم دينه (٢) .

وحق يكون للمدين المتضامن حق الرجوع على المدينين الآخرين ، يجب أن يكون الوفاء الذى قام به للدائن قد عاد عليهم بالفائدة ، أى أن يكون هو الذى أبرأ ذمتهم نحو الدائن . فلو أن المدين المتضامن لم يخطر المدينين الآخرين بأنه وفى عنهم الدين ، وقام أحد منهم بوفاء الدين للدائن مرة ثانية وهو لا يعلم أن المدين الأول قد وفاه ، ثم أخطر سائر المدينين بأنه قد وفى الدين ، فإن حق الرجوع يثبت لهذا المدين الذى وفى الدين مرة ثانية دون المدين الأول (٣) .

(١) وفى التفتين المدنى العراق تنص الفقرة الأولى من المادة ٣٣٥ ، كما رأينا ، على أنه « إذا قضى أحد المدينين المتضامين الدين بغير الشيء الواجب أداءه ، أو بطريق آخر يقوم مقام الوفاء كالحالة أو الحوالة ، يرجع على بقية المدينين بما ضمن لا بما أدى » .
 (٢) وقد ينقضى الدين باستمالة الوفاء بسبب أجنبي ، فتبرا ذمة جميع المدينين المتضامين دون أن يدفع أحد منهم شيئاً للدائن حتى يرجع به على الآخرين .
 (٣) لاروسبيير ٣ م ١٢١٤ فقرة ٣ — ديمولوب ٢٦ فقرة ٤٢٨ — بوموي وهارد ٢ فقرة ١٢٧٠ — كذلك لا يكون للمدين الذى وفى الدين هو الذى أبرأ ذمة المدينين الآخرين نحو —

وليس من الضروري حتى يكون للمدين المتضامن حق الرجوع على المدينين الآخرين أن يكون قد وفى للدائن كل الدين . فيجوز أن يبق بعض الدين إذا قبل الدائن منه هذا الوفاء الجزئى ، ومع ذلك يكون له الرجوع على المدينين الآخرين ، كل ينسبة حصته فى الدين ، فيما دفعه للدائن .

على أنه يجوز للمدين كما قلنا أن يتفق مع الدائن على أن يدفع له حصته فى الدين أو جزءاً منها ، وفى هذه الحالة لا يرجع المدين الذى اقتصر على دفع حصته أو على دفع جزء منها بشئ على المدينين الآخرين ، ويرجع الدائن على هؤلاء الباقى من الدين بعد أن يستزل ما دفعه له المدين . أما إذا دفع المدين أكثر من حصته ، فله الرجوع على المدينين الآخرين بما دفعه زائداً على هذه الحصة ، ويساهم هؤلاء فى ذلك كل بنسبة حصته فى الدين ، ويرجع الدائن عليهم بما بقى من الدين بعد أن يستزل كل ما دفعه المدين له (١) .

— الدائن ، إذا كان لم يخطرهم بالوفاء قبل وقوعه وكان عندهم من الدفع ما يستطيعون أن يسقطوا به الدين (لارومبيير ٣ م ١٢١٤ ققرة ٤ — هيك ٧ ققرة ٣٢٣ — بودرى وبارد ٢ ققرة ١٢٧٠) . ذلك أن المدين المتضامن فى علاقته بالمدينين المتضامين الآخرين بمثابة كفيل لهم فيما يتعلق بمحصولهم فى الدين . وقد نصت المادة ٧٩٨ مدنى ، فيما يتعلق بالكفيل ، على أنه : « ١ — يجب على الكفيل أن يخطر للمدين قبل أن يقوم بوفاء الدين ، وإلا سقط حقه فى الرجوع على المدين إذا كان هذا قد وفى الدين أو كانت عنده وقت الاستحقاق أسباب تقضى بطلان الدين أو بانقضائه . ٢ — فإن لم يمارس المدين فى الوفاء ، بقى للكفيل حقه فى الرجوع عليه ولو كان المدين قد دفع الدين أو كانت لديه أسباب تقضى بطلانه أو بانقضائه » . حل أننا سنرى فيما يلى أن هناك فروقاً كثيرة بين المدين المتضامن والكفيل ، وبخاصة فى علاقة كل منهما بالدائن (انظر ما يلى ققرة ٢٠٨) .

(١) حل أن كثيراً من الفقهاء فى فرنسا يذهبون إلى أنه يستوى أن يكون الجزء من الدين لثنى وفاء المدين للدائن معادلاً لحصة فيه أو أكثر أو أقل ، فله أن يرجع فى كل هذه الأحوال على المدينين الآخرين .

ويقولون فى تقرير هذا رأى أن المدين عندما يوفى الدين أو أى جزء منه إنما يعمل بالأمانة عن نفسه وبالنيابة عن سائر المدينين المتضامين ، فله عليهم حق الرجوع فى حدود ما وفاه من الدين (ديرانتون ١١ ققرة ٢٤٥ — لارومبيير ٣ م ١٢١٤ ققرة ٥ — ديمولوب ٢٦ ققرة ٤٢٦ وققرة ٤٤٤ — ققرة ٤٤٦ — هيك ٧ ققرة ٣٢٣ — بودرى وبارد ٢ ققرة ١٢٦٩) . والصحيح فى رأينا أنه يجب التمييز — عندما بقى المدين بجزء من الدين — بين ما إذا كان قد اتفق مع الدائن على أنه إنما يدفع له حصة فى الدين أو جزءاً منها ، أو لم يتفق معه على ذلك . =

١٠٥ - الأسس القانونية لرجوع المدين - الدعوى الشخصية

ودعوى المأول : والآن نبين الأسس القانونية الذي يقوم عليه رجوع المدين المتضامن على المدينين المتضامين الآخرين عند وفاته للدائن بالدين ، فهو

= في الحالة الأولى لا يرجع المدين على المدينين الآخرين ، ويرجع في الحالة الثانية . بل نحن نذهب إلى أبعد من ذلك ، ونفترض ، عندما يوفى المدين جزءاً من الدين ، أن هناك اتفاقاً ضمنياً بينه وبين الدائن على أنه إنما يوفى حصته في الدين أو جزءاً منها ، فذلك أقرب إلى المألوف في التعامل ، وأيسر في تصفية العلاقات المختلفة ما بين المدينين المتضامين . ولتوضيح ذلك نفرض أن الدين ثلثائة ، وأن المدينين المتضامين ثلاثة بمحصص متساوية ، وقد دفع المدين الأول لدائن مائة ، ثم دفع الثاني للدائن المائتين الباقيتين . فإذا أخذنا بالرأى الذي يقول برجوع المدين على المدينين الآخرين عند وفاته بجزء من الدين ، وجب أن يرجع الأول على كل من الثاني والثالث بثلث المائة ، ووجب أن يرجع الثاني على كل من الأول والثالث بثلث المائتين . فيأخذ الأول من الثاني $100/3$ ، ويمطيه $66\frac{2}{3}$ ، أى يمطيه في النهاية $100/3$. ثم يأخذ من الثالث $100/3$ ، فينتهى إلى أن يكون قد أخذ من الثالث بثلث ما أعطى الثاني ، وخرج من كل ذلك على أنه قد دفع الدائن حصته في الدين . ثم إن الثاني يأخذ في النهاية من الأول $100/3$ كما قلنا ، ويأخذ من الثالث $66\frac{2}{3}$ ، فيكون ما أخذه منهما ١٠٠ . وقد دفع ٢٠٠ للدائن ، فينتهى إلى أن يكون قد تحمل ١٠٠ هي حصته في الدين ! أليس خيراً من ذلك أن نقول إن المدين الأول قد دفع الدائن مائة وهي حصته في الدين ، فلا يرجع على أحد بشيء . ثم إن المدين الثاني ، الذي دفع المائتين للدائن ، يرجع على المدين الثالث بمائة هي حصته في الدين ، ويكون من كل من المدينين الثلاثة قد تحمل على هذا الوجه حصته في الدين من أيسر الطرق ؟ هذا وقد نص التقنين المدين المراق صراحة (م ١/٣٢٤) على هذا الرأى الذي نذهب إليه إذ يقول :

« لمن قضى الدين من المدينين المتضامين الرجوع على الباقيين بما دفعه زائداً على ما هو واجب عليه » . كذلك يذهب أوبرى ورو إلى أنه لا بد لقيام حق الرجوع من أن يكون المدين قد وفى الدائن أكثر من حصته في الدين (أوبرى ورو ٤ فقرة ٢٩٨ مكرر ص ٥١ — وانظر أيضاً الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ٢٤٩ — ص ٢٥٠ والأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٩٧ ص ٢٧٩ وص ٢٩٨ هامش رقم ١) . وهذا ما ذهب إليه أيضاً محكمة النقض إذ قضت بأنه يشترط لرجوع المدين المتضامن على المدين المتضامن معه أن يكون وفى أكثر من نصيبه في الدين ، وإذن ففى كان الواقع أن الطاعن مدين بالتضامن مع المطعون عليه في عقد رهن ، وكان الحكم المطعون فيه قد أثبت بأسباب سائفة أنه لم يوف من الدين المضمون بالرهن إلا أقل مما التزم به بمقتضى محضر الصلح المبرم بينه وبين المطعون عليه ، فإن ما يزعمه من أن جميع أقساط الدين موضوع الصلح واجبة الأداء له لاستلزامه من القانون (نقض مدنى ٦ مارس سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٠٠ ص ٥٨٥) . وانظر أيضاً طعناً ٢٩ إبريل سنة ١٩٣٤ المخامة ١٦ رقم ٣٤ ص ٧٧ .

يرجع إما بالدعوى الشخصية (action personnelle) وإما بدعوى الحلول (action en subrogation) .

يرجع بالدعوى الشخصية إذا نظرنا إلى سابق علاقه بالمدينين المتضامين الآخرين ، فهم في الغالب جميعاً أصحاب مصلحة مشتركة في الدين . فاذا أدى واحد منهم الدين عن الباقي ، فهو إما أن يكون وكيلاً عنهم فيرجع عليهم بدعوى الوكالة (م ٧١٠ مدني) ، وإما أن يكون فضولياً يعمل لمصلحتهم فيرجع عليهم بدعوى الفضالة (م ١٩٥ مدني) . وكل من دعوى الوكالة ودعوى الفضالة دعوى شخصية تسمح للمدين الذي وفي الدين أن يرجع على كل من المدينين الآخرين بقدر حصته فيه . ومزية هذه الدعوى الشخصية هي أنها تجعل للمدين الحق في تقاضي فوائد عما دفعه للدائن زائداً على حصته لحساب المدينين الآخرين من يوم الدفع . ذلك أن المدين إذا رجع بدعوى الوكالة ، فإن المادة ٧١٠ مدني تقضي بأنه « على الموكل أن يرد للوكيل ما أنفق في تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد ، مع الفوائد من وقت الإنفاق » . وإذا هو رجع بدعوى الفضالة ، فإن المادة ١٩٥ مدني تقضي بأن « يكون رب العمل ملزماً بأن ينفذ التعهدات التي عقدها الفضولي لحسابه ، وأن يعرضه عن التعهدات التي التزم بها ، وأن يرد له النفقات الضرورية والنافعة التي سوغتها الظروف مضافاً إليها فوائد لها من يوم دفعها » . وليست الفوائد التي يتقاضاها المدين المتضامن من المدينين الآخرين هي الفوائد التي ينتجها المدين الأصلي ، فهذه يستردها المدين مع أصل الدين وتلحق به ، ولكنها فوائد مستقلة يتقاضاها — بالسعر القانوني أو بالسعر الاتفاقي إذا كان هناك اتفاق على ذلك — على مجموع المبالغ ، من رأس مال وفوائد ومصرفات ، التي أداها للدائن زائداً على حصته في الدين (١) ، فيتقاضاها حتى لو كان الدين الذي وفاه للدائن لا يتبع فوائد أصلاً (٢) .

(١) استئناف مختلط ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٢٣ م ٢٦ ص ١١٠ .

(٢) ديمولوب ٢٦ فقرة ٤٤٢ — بودري وبارد ٢ فقرة ١٢٦٦ — وتتقدم هذه

الفوائد في رأينا بخمس سنوات لا بخمس عشرة سنة (انظر في هذه المسألة بودري وتيسيه

فقرة ٧٨٤ — بودري وبارد ٢ فقرة ١٢٦٧) .

ولا يرجع المدين المتضامن على المدينين الآخرين بالمصرفات التي حكم بها عليه للدائن إذا

هو لم يف بالدين بمجرد مطالبة به ، لأنه هو الذي تسبب ، بتأخره في الوفاء بالدين ، =

ويرجع المدين المتضامن الذى وفى الدين بدعوى الحلول (١) ، أى بدعوى الدائن الذى وفاه الدين وقد حل محله فيه ، وهذا بموجب المادة ٣٢٦ مدنى وتنص على أنه « إذا قام بالوفاء شخص غير المدين ، حل الموفى محل الدائن الذى استوفى حقه فى الأحوال الآتية: (١) إذا كان الموفى ملزماً بالدين مع المدين أو ملزماً بوفائه عنه... » . والمدين المتضامن الذى وفى الدين ملزم به مع المدينين الآخرين ، فإذا وفاه للدائن حل محله فيه عند الرجوع على المدينين الآخرين . ومزية دعوى الحلول هذه أن المدين المتضامن إذا رجع بها تكون له التأمينات ذاتها التى كانت الدائن ، بعد أن حل محله ، إذ هو يرجع بنفس الدين الذى وفاه بما له من ضمانات ، لا بدعوى شخصية مستمدة من الوكالة أو القضالة . وهذا الحكم تنص عليه صراحة المادة ٣٢٩ مدنى إذ تقول : « من حل قانوناً أو اتفاقاً محل الدائن كان له حقه ، بما لهذا الحق من خصائص ، وما يلحقه من توابع ، وما يكفله من تأمينات ، وما يرد عليه من دفع ، ويكون هذا الحل بالقدر الذى أداه من ماله من حل محل الدائن » .

على أن الدعوى الشخصية ، إذا كانت دعوى الحلول تمتاز عنها فى التأمينات ، تمتاز هى على دعوى الحلول فى أمرين : (١) إذا رجع المدين بالدعوى الشخصية كان له أن يتقاضى فوائد عن المبالغ التى دفعها للدائن زائداً على حصته فى الدين كما سبق القول . أما دعوى الحلول فلا يتقاضى فيها المدين إلا فوائد الدين الأصلية التى يكون قد دفعها للدائن ، إذا كان من شأن هذا الدين أن ينتج فوائد (٢) . (٢) يسرى التقادم بالنسبة إلى الدعوى الشخصية من وقت وفاء المدين الدين للدائن ، فواقعة الوفاء هذه هى مصدر الدعوى الشخصية . أما بالنسبة

- فى الحكم عليه بهذه المصروفات (ديمولوب ٢٦ فقرة ٤٤٣ - بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٦٨ - بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٦٨ - وقارن لاروسبيير ٢٣ م ١٢١٤ فقرة ٨) . ولكن إذا هو طالب بدوره المدينين الآخرين كلا بحصته ، وتأخر هؤلاء فى الوفاء ، حكم له هو أيضاً عليهم بالمصروفات بداهة لتأخرهم فى الدفع .

(١) استئناف أهل ٤ ديسمبر سنة ١٩٠٠ الحقوق ١٧ ص ١٦٣ .

(٢) وقد تكون فوائد هذا الدين الأصل هى فوائد قانونية استحققت من وقت أن طالب الدائن بمحقة المدينين المتضامين مطالبة قضائية (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٥٧) .

إلى دعوى الحلول ، فإن التقادم كان سارياً من وقت حلول الدين الذى وفاه المدين ، وبديهي أن هذا الوقت متقدم على وقت الوفاء ، فتتقدم دعوى الحلول قبل أن تتقدم الدعوى الشخصية لو كانت مدة التقادم المقررة قانوناً لكل من الدعويين مدة واحدة (١) .

٢٠٦- انقسام الدين على المدينين المتضامنين وتعيين حصص كل منهم :
قدمنا أن التضامن لا يقوم إلا فى العلاقة ما بين الدائن والمدينين المتضامنين ، أما فى علاقة المدينين بعضهم ببعض فلا يقوم التضامن ، وإنما ينقسم الدين بينهم كل بقدر حصته (٢) .

وينقسم الدين على المدينين المتضامنين على الوجه المتقدم الذكر ، حتى لو كان المدين الذى وفى الدين « بماله من حق الحلول قد رجع بدعوى الدائن » ، كما تقول العبارة الأخيرة من الفقرة الأولى من المادة ٢٩٧ مدنى . وقد كان منطق دعوى الحلول يقتضى أن يرجع المدين بما كان يرجع به الدائن نفسه ، أى يرجع بكل الدين على أى مدين متضامن آخر بعد أن يستنزل حصته هو من الدين . ولكن العمل بمقتضى هذا المنطق يؤدى إلى سلسلة من دعاوى الرجوع لا مبرر لها . فلو أن المدينين المتضامنين كانوا مثلاً خمسة حصصهم فى الدين متساوية ،

(١) بأن تكون دعوى الدين الأصل (أى دعوى الحلول) تتقدم بثلاث سنوات أو بخمس عشرة سنة كما تتقدم دعوى القسالة (م ١٩٧ مدنى) ، أو تتقدم بخمس عشرة سنة كما تتقدم دعوى الوكالة (م ٣٧٤ مدنى) — وبديهي أنه إذا اختلفت مدة التقادم ، فالدعوى التى تتقدم قبل الأخرى هى التى تكون مدة التقادم فيها أقصر .

وانظر فى الأساس القانونى لحق رجوع المدين المتضامن على المدينين الآخرين المذكورة الإيضاحية لمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٩٩ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن المادة ١١٥ مدنى (قديم) تنص على أنه إذا قام أحد المتضامنين فى الدين بأدائه ، جاز له الرجوع على باقى المدينين معه كل بقدر حصته فى الدين . ومفاد هذا أن تضامن المدينين قبل الدائن لا يلزم عنه تضامنهم بعضهم قبل بعض ، فالحكم الذى يقضى باعتبار المدينين متضامنين فيما بينهم لكونهم متضامنين قبل الدائن يكون مخالفاً للقانون ، متعيناً نقضه (نقض مدنى ٢٧ فبراير سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ١٠٤ ص ٢٣٤) . انظر أيضاً : استئناف أهل ٣٠ مايو سنة ١٨٩٣ المحقوق ٦ ص ٣٤٨ - ١٨ مايو سنة ١٨٩٧ المحقوق ١٢ ص ٢٨٠ .

وكان الدين خمسمائة ، ووفى أحدهم كل الدين للدائن ، وحل محله فيه ، فان منطلق دعوى الحلول يقتضى كما قلنا أن يرجع المدين الذى وفى الدين على أحد المدينين المتضامنين الأربعة بأربعمائة ، وهذا الثانى يرجع على الثالث بثلاثمائة ، وهذا الثالث يرجع على الرابع بمائتين ، وهذا الرابع يرجع على الخامس بمائة . فالأولى من الناحية العملية أن يقسم المدين الأول منذ البداية الدين على المدينين الأربعة ، ويرجع على كل منهم بمائة . ولاضير عليه من هذا التقسيم ، فانه إذا وجد أحدهم معسراً رجع على الثلاثة الموسرين بنصيب كل منهم فى حصة المعسر كما سنرى . هذا إلى أن المنطق الذى أوردناه لدعوى الحلول يعارضه منطق آخر للدعوى نفسها . ذلك أن المدين الذى وفى الدين فى المثل المتقدم إذا رجع على أحد المدينين الأربعة بأربعمائة ، كان لهذا المدين الثانى بعد أن يدفع الأربعمائة للمدين الأول أن يحل هو أيضاً محل الدائن قبل هذا المدين الأول بالذات بعد أن يستزل حصته من الدين ، فيرجع عليه بثلاثمائة . فيكون المدين الأول قد استوفى من المدين الثانى أربعمائة ثم وفاه ثلاثمائة فى دعوتين متتابعتين ، فخلص له من كل ذلك مائة ، فالأولى إذن أن يستوفى هذه المائة منذ البداية وفى دعوى واحدة(١).

إذن ينقسم الدين - سواء كان الرجوع بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول - على المتضامنين كل بقدر حصته ، ولا يرجع المدين الذى وفى الدين كله على أى مدين آخر إلا بمقدار هذه الحصة . ويبقى بعد ذلك أن نرى كيف

(١) انظر فى هذا المعنى بوتييه فى الالتزامات فقرة ٢٨ . وانظر أيضاً بلانبول وديجير وجابولد ٧ فقرة ١٠٩٤ . ويقول جوسران فى هذا الصدد إن انقسام الدين على المدينين المتضامنين فى علاقتهم بعضهم ببعض لا يفسر بالرغبة فى تجنب سلسلة من دعاوى الرجوع لا يبرر لها . فـ سواء رجع المدين الذى وفى كل الدين على المدين الثانى بكل الدين بعد استنزال حصته ثم رجع الثانى على الثالث بالباقي بعد استنزال حصته وهكذا ، وهذه هى دعاوى رجوع أربع ، أو رجع المدين الأول منذ البداية على كل من المدينين الأربعة الآخرين بحصة فى الدين ، وهذه هى أيضاً دعاوى رجوع أربع ، فإن عدد دعاوى الرجوع واحد فى الحالتين . ويفسر جوسران انقسام الدين بأن التضامن يقتضى بمجرد استيفاء الدائن حقه ، فينضم الدين بانقضاء التضامن بعد أن أصبح الأمر مقتضراً على حلقة المدينين بعضهم ببعض . فإذا حل المدين الذى وفى الدين محل الدائن ، حل فى دين منقسم ، فلا يرجع على أى مدين آخر إلا بمقدار حصته فى الدين (جوسران ٢ فقرة ٧٧٩) .

تعيين حصص المدينين المتضامين في الدين . هنا تقول الفقرة الثانية من المادة ٢٩٧ مدني : « وينقسم الدين . إذا وفاه أحد المدينين حصصاً متساوية بين الجميع ، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك » .

فاذا وجد اتفاق بين المدينين المتضامين ، منذ نشوء الدين ، على تعيين حصة كل منهم فيه ، وجب العمل بهذا الاتفاق . وقد يكون ضمناً ، كما إذا اشترى ثلاثة داراً في الشيوع ، للأول النصف وللثاني الثلث وللثالث السدس ، وتضامنوا في دفع الثمن للبائع ، فيقسم الدين بينهم بنسبة حصة كل منهم في الدار . ويجب على كل حال إثبات الاتفاق وفقاً للقواعد العامة في الإثبات ، فاذا أراد أحد المدينين إثبات مقدار حصة مدين آخر في الدين وكانت قيمة هذه الحصة تزيد على عشرة جنيهاً ، وجب الإثبات بالكتابة أو بما يقوم مقامها (١) .

وإذا لم يوجد اتفاق ولكن وجد نص في القانون يرسم طريقة تعيين حصة كل مدين متضامن ، وجب اتباع النص . من ذلك أن الورثة إذا استدانوا للاتفاق على مصلحة التركة ، وكانوا متضامين في الدين ، فالقانون يعين حصة كل منهم في الدين بقدر حصته في الميراث . ومن ذلك أيضاً ما نصت عليه المادة ١٦٩ مدني من أنه « إذا تعدد المسئولون عن عمل ضار ، كانوا متضامين في التزامهم بتعويض الضرر ، وتكون المسئولية فيما بينهم بالتساوي ، إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم في التعويض » . فيجوز إذن للقاضي ، بموجب هذا النص القانوني ، أن يعين حصة كل من المسئولين عن العمل الضار في التعويض الذي يلتزمون به ، على حسب جسامه خطأ كل منهم ومدى ما أحدثه بفعله من الضرر (٢) .

(١) بودري وبارد ٢ فقرة ١٢٥٦ .

(٢) وفي هذا تقول المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى : « والقاعدة أن الدين يتقسم بين المدينين بالنسبة المتفق عليها أو المحددة بمقتضى نص في القانون . من ذلك مثلاً نص المادة ٢/٢٣٦ من المشروع ، الخاص بدرجة جسامه الخطأ فيما يتعلق بالتضامن في المسئولية عن الفعل الضار » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٩٨) . وانظر الوسيط الجزء الأول فقرة ٥٩٩ وفقرة ٦٢٠ ص ٩٣٠ .

فاذا لم يوجد اتفاق أو نص في القانون يعين حصة كل من المدينين المتضامنين في الدين ، لم يبق إلا جعل حصص المدينين جميعاً متساوية ، إذ لا مبرر لجعل حصة أكبر من الأخرى ، ويفترض تساويهم في مصلحتهم المشتركة في الدين (١).

٢٠٧ — تحمل المورسين من المدينين المتضامنين لحصة المورسين منهم :

رأينا أن المادة ٢٩٨ مدني تنص على أنه : « إذا أعسر أحد المدينين المتضامنين تحمل تبعة هذا الإعسار المدين الذي وفي بالدين وسائر المدينين المورسين كل بقدر حصته » . وهنا تبرز فكرة التضامن ما بين المدينين ، فتلامس حتى علاقة المدينين فيما بينهم . ذلك أنهم ، حتى في علاقتهم بعضهم ببعض ، يتضامنون في تحمل حصة المورسين منهم . ولكن هذه الحصة تنقسم بينهم بنسبة الحصة الأصلية لكل منهم في الدين ، فلا يرجع المدين الذي وفي كل الدين على أي من المدينين المورسين إلا بمقدار حصته وينصبيه فقط في حصة المورسين . فلو أن المدينين المتضامنين كانوا ثلاثة حصصهم في الدين متساوية ، وكان الدين ثلثمائة ، ودفعه واحد منهم ، فإنه يرجع على كل من الاثنين الآخرين بمائة . فلو كان واحد منهما معسراً رجع الدافع على المورسين بمائة وخمسين ، مائة هي حصة المورسين في الدين وخمسين هي نصيبه في حصة المورسين . وتحمل الدافع في النهاية هو أيضاً مائة وخمسين ، حصته في الدين ونصيبه في حصة المورسين (٢) . وقد قدمنا أنه إذا أبرأ الدائن أحد المدينين المتضامنين من الدين أو من التضامن ، فإن هذا المدين — ما لم يخله الدائن من المسؤولية — يتحمل هو أيضاً نصيبه في حصة المورسين وإلى هذا كله تشير المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى حين تقول : « وإذا أعسر أحدهم تحمل تبعة هذا الإعسار سائر المدينين ، حتى من قام منهم بالوفاء بالدين . وقد تقدمت الإشارة

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٩٩ — وانظر أيضاً بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٥٦ .

(٢) ولا يجوز أن يتحمل المدين الذى وفي بالدين وحده حصة المورسين كلها ، وإلا لجاز للدائن أن يتحكم ، ولتوقف على اختياره مديناً دون آخر في الرجوع بالدين أن يتحمل هذا المدين وحده تبعة الإعسار . هذا إلى أنه ليس من الإنصاف أن جزاء المدين الذى قام بالوفاء من جميع المدينين ، فقبل إبراء ذمتهم من الدين ، أن يتحمل وحده حصة المورسين منهم (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٦٠) .

إلى أن من أبرء من المدينين المتضامنين من الدين أو من التضامن يتحمل نصيبه في تبعة الاعسار (١) .

ويذهب الفقه في فرنسا إلى أن العبرة في قيام الإعسار تكون بالوقت الذي وفي فيه الدين المتضامن الدين للدائن ، فقد نشأ حقه في الرجوع على المدينين المتضامنين ، بما في ذلك تقسيم حصة المعسر على الموسرين ، في هذا الوقت . فاذا كان المدينون المتضامنون الآخرون موسرين جميعا وقت الوفاء للدائن ، وتأخر المدين الذي وفي الدين في الرجوع عليهم حتى أعسر واحد منهم ، فالمدين الذي وفي الدين هو وحده الذي يتحمل حصة هذا المعسر جزاء تأخره في الرجوع عليه (٢) . ويبدو أن هذا الرأي محل للنظر . فقد يطالب الدائن أحد المدينين المتضامنين بالدين ، فيبادر هذا المدين إلى إدخال باقي المدينين المتضامنين معه في الدعوى ليحكم على كل بحصته في الدين ، ويكون المدينون جميعا موسرين وقت تنفيذ الدائن بالدين كله على أموال من رفع عليه الدعوى . ثم يعسر أحد المدينين قبل أن يتمكن المدين الذي وفي الدين من استيفاء حصة هذا المدين الذي أعسر . فهنا لا يمكن أن ينسب أى تقصير إلى المدين الذي وفي الدين ، وليس من العلة أن يتحمل وحده حصة المدين المعسر . من أجل ذلك ترى التحفظ في الرأي الذي يذهب إليه الفقه الفرنسي ، فيكون الأصل في الإعسار أن يقوم وقت الوفاء للدائن ، فاذا وقع بعد هذا الوقت ، تحمل المدين الذي وفي الدين وحده حصة المعسر ، إلا إذا أثبت أنه لم يقصر إطلاقا في المحافظة على حقه ضد المدين المعسر (٣) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٩٩ .

(٢) لاروميير ٣ م ٦٢١٤ فقرة ٩ — ديملوب ٢٦ فقرة ٤٣٥ — بودرى وبارد ٢

فقرة ١٢٦٠ — دي باج ٣ فقرة ٣٦٩ ص ٣٣٤ .

(٣) ويرى الأستاذ عبد الحى حجازى أن التقنين المدنى المصرى الجديد لم يأخذ بالرأى الذى يذهب إليه الفقه الفرنسى فى هذه المسألة ، فيقول : « وليس فى القانون المدنى المصرى الجديد ما يفيد أنه أخذ أو عيّل إلى الأخذ بهذا الرأى . إن القسانون يقولون : إذا أعسر أحد المدينين المتضامنين ... وهذا يفيد أنه يجب الاعتداد بالوقت الذى يحصل فيه الرجوع ، لا بالوقت الذى حصل فيه الوفاء . ومع ذلك فن الواضح أنه إذا ثبت أن المدين الموفى قد تلتكأ فى الرجوع على سائر المدينين المتضامنين بما يحصله مقصراً ، وأنه لو كان قد بادر إلى الرجوع لما أصابه شيء من —

٢٠٨ - تحمل أصحاب المصلحة في المدين وحدهم بكل المدين : رأينا

أن المادة ٢٩٩ مدنى تنص على أنه « إذا كان أحد المدينين المتضامين هو وحده صاحب المصلحة في الدين ، فهو الذى يتحمل به كله نحو الباقيين » . ويظهر من هذا النص أن هناك حالة لا يكون فيها المدينون المتضامنون جميعاً أصحاب المصلحة في الدين ، بل يكون واحد منهم أو أكثر (١) هم أصحاب المصلحة عن الآخرين . فإذا كان ، في هذه الحالة ، شأن هؤلاء الآخرين الذين ليست لهم مصلحة في الدين ، أى ليسوا هم المدينين الحقيقيين ، ومع ذلك يتضامنون في الدين مع أصحاب المصلحة فيه ؟ إنهم يكونون لاشك كفلاء لأصحاب المصلحة ، وأصحاب المصلحة وحدهم هم المدينون الحقيقيون أو المدينون الأصليون . يبقى أن ننظر لماذا لم يبرز هؤلاء وأولئك في الوضع القانوني المألوف ، مدينين أصليين وكفلاء ، بل برزوا جميعاً مدينين متضامين ؟ يسوقنا هذا إلى إيراد عجالة سريعة في تاريخ الكفالة .

لم يكن القانون الرومانى القديم يعرف الكفالة في وضعها الحديث ، ولم يكن متصوراً في صناعة هذا القانون أن شخصاً آخر يلتزم بنفس الدين الذى التزم به المدين دون أن يكون مديناً أصلياً معه ، لا مجرد مدين تابع . فلم يكن هناك بد ، إذا أريد أن يكون للمدين كفيل ، من أن يلتزم الكفيل بالدين التزاماً أصلياً كما التزم المدين . ولما كان التضامن معروفاً منذ زمن قديم وقد سبق الكفالة - بل هو الأصل الذى نشأت الكفالة عنه (٢) - فقد استخدم لتأدية أغراض الكفالة . فالكفيل كان إذن ، في القانون الرومانى القديم ، مديناً متضامناً مع المدين

= جراء هذا الإحصار اللاحق ، عندئذ يعتبر مخطئاً ، ويؤدى تطبيق القواعد العامة في هذه الحالة إلى عدم تحمل المدينين المتضامين هذا الإحصار اللاحق (الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ٢٤٨ هامش رقم ١) .

(١) فليس من الضروري أن يكون واحد فقط هو صاحب المصلحة ، وإذا كان النص قد جرى بأن أحد المدينين المتضامين هو وحده صاحب المصلحة ، فهذا لا يمنع من أن يكون صاحب المصلحة أكثر من واحد ، والمهم هو ألا يكون المدينون المتضامنون جميعاً شركاء في المصلحة (انظر بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٧٢ ص ٣٨١ - لارومبيير ٣ م ١٢١٦ فقرة ١) .

(٢) وهذا بخلاف الفقه الإسلامى ، فقد كانت الكفالة هي الأصل الذى نشأ عنه التضامن (انظر آنفاً فقرة ١٥٠ هـ ، الماشر) .

الأصل . ثم ما لبث القانون الروماني أن تطور ، وبدأت معالم الكفالة تتبين شيئاً فشيئاً ، فأعطى للكفيل حق التقسيم إذا تعدد ، ثم أعطى له حق تجريد المدين ، ثم اعترف في النهاية أن التزامه ليس التزاماً أصلياً بل هو التزام تابع للالتزام المدين المكفول (١) . على أن مقتضيات الائتمان استوجبت أن تتنوع الكفالة لتزيد توثيقاً للمدين ، فرجعت في تنوعها إلى ما كانت عليه من قبل ، وأصبحت في الوقت الحاضر تنطوي على صور مترتبة .

فأبسط صورها وأضعفها توثيقاً للمدين هي ، كما أشرنا إلى ذلك في مكان آخر (٢) ، أن يكفل الكفيل المدين دون أن يتضامن معه ، ودون أن يتضامن مع الكفلاء الآخرين . فيكون الكفيل في هذه الصورة مديناً تابِعاً ، له حق تجريد المدين الأصلي ، وله حق التقسيم مع الكفلاء الآخرين .

ثم تأتي صورة ثانية للكفالة هي أقوى في توثيق الدين ، فيكفل الكفيل المدين دون أن يتضامن معه ، ولكنه يتضامن مع الكفلاء الآخرين . وهنا يبقى الكفيل مديناً تابِعاً ، ويبقى له حق تجريد المدين ، ولكن ليس له حق التقسيم مع الكفلاء الآخرين الذين تضامن معهم .

ثم تأتي صورة ثالثة للكفالة تزيد قوة في توثيق الدين ، هي أن يكفل الكفيل المدين ويتضامن معه كما يتضامن مع الكفلاء الآخرين . وهنا يبقى الكفيل مديناً تابِعاً ، ولكن ليس له حق التقسيم مع الكفلاء الآخرين لأنه متضامن معهم ، وليس له كذلك حق تجريد المدين لأنه أيضاً متضامن معه .

ثم تأتي الصورة الأخيرة للكفالة ، وهي أقوى الصور جميعاً في مراتب التوثيق . فيكفل الكفيل الدين فيما بينه وبين المدين ، ولكنه يتقدم إلى الدائن مديناً متضامناً مع المدين الأصلي ، ومتضامناً مع الكفلاء الآخرين ، الذين يتقدمون هم أيضاً مدينين متضامنين مع المدين . وهكذا تعود الكفالة إلى ما كانت عليه في عهدها القديم ، ولكن لأسباب لا ترجع إلى الصناعة القانونية كما كان الأمر في القانون

(١) جبرار الطلبة الثالثة ص ٦٨٢ و ص ٧١٤ . وانظر في هذه المسألة وفي تطور الكفالة في القانون الفرنسي القديم يودى وبارد ٢ فقرة ١٢٧٦ .
(٢) انظر آنفاً فقرة ١٦٤ .

الرومانى القديم ، بل ترجع إلى اعتبارات عملية هى الوصول فى توثيق الدين إلى أبعد غاياته . وهنا لا يكون للكفيل حق التقسيم مع الكفلاء الآخرين ، ولا حق تجريد المدين ، بل هو لا يبقى مديناً تابعاً ، وإنما يكون مديناً أصلياً متضامناً مع المدين المكفول .

هذه الصورة الأخيرة هى التى تعيننا هنا ، إذ نرى أماناً فيها مدينين متضامين متعددين فى دين واحد ، ولكن واحداً (أو أكثر) من هؤلاء المدينين هو صاحب المصلحة فى الدين ، أى هو المدين الأصلى ، والباقي ليسو إلا كفلاء عنه . ولكنهم تقدموا إلى الدائن بوصفهم جميعاً مدينين أصليين متضامين (١) . والمبدأ الأساسى فى هذه الحالة هو التمييز ما بين علاقة هؤلاء المدينين المتضامين بالدائن إذ تسرى قواعد التضامن ، وعلاقتهم بعضهم ببعض إذ تسرى قواعد الكفالة .

فى علاقتهم بالدائن ، تسرى قواعد التضامن دون قواعد الكفالة . ومن ثم لا يكون لهم حق تقسيم الدين بينهم ولا حق تجريد المدين الأصلى ، بل يكون كل منهم مسئولاً قبل الدائن عن كل الدين . كذلك لا يكون لأى منهم أن يتمسك بالدفع الخاصة بغيره ولو كان هذا الغير هو المدين الأصلى ، بل لا يتمسك إلا بالدفع الخاصة به وبالدفع المشتركة بينهم جميعاً (٢) . ولا تبرأ ذمة أى منهم بقدر ما أضاعه الدائن بخطأه من الضمانات ، كما تبرأ ذمة الكفيل

(١) ومن التطبيقات العملية لهذه الصورة الأخيرة : (أ) التابع والمتبرع ، فهما مسئولان بالتضامن قبل المضرور ، ولكن التابع وحده هو صاحب المصلحة فى الدين . (ب) من هو تحت الرقابة ومتولى الرقابة ، فهما مسئولان أيضاً بالتضامن قبل المضرور ، ولكن الأول منهما هو وحده صاحب المصلحة فى الدين . (ج) صاحب الكيالة والمسحوب عليه والمظهرون الكيالة وضمنوها كلهم مدينون متضامنون قبل حامل الكيالة ، ولكن صاحب المصلحة فى الدين منهم هو المسحوب عليه وحده إذا كان قد قبل الكيالة أو عتده مقابل لقواء (Provision) ، وإلا فالصاحب (يون كان وريثو الطبعة الخامسة : فقرة ٢٦٧ وفقرة ٣٩٠ وما بعدها — الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام ص ٢٩٧ هامش رقم ١) .

(٢) فليس له مثلاً أن يتمسك بالتجديد أو بالمقاصة أو بإعفاء الذمة أو بالإبراء أو بالتقادم إذا وقع شيء من ذلك مع مدين متضامن آخر ولو كان هو المدين الأصلى ، إلا بقدر حصة هذا المدين . ولو أجرينا أحكام الكفالة ، لكان له أن يتمسك بهذه الفروع فى كل الدين ، ما دام المدين الأصلى يستطيع أن يتمسك بها .

(م ٧٨٤ مدني ١). ولا تبرأ ذمة أى منهم إذا لم يقم الدائن باتخاذ الإجراءات ضد المدين الأصلي خلال ستة أشهر من إنذار الدائن بذلك ، كما تبرأ ذمة الكفيل (م ٧٨٥/٢ مدني) . ولا يسقط حق الدائن في الرجوع عليهم حتى لو أفلس المدين الأصلي ولم يتقدم الدائن في تفليسته ، كما يسقط حقه في الرجوع على الكفيل (م ٧٨٦ مدني) . وإذا كان هناك تأمين عيني خصص لضمان الدين ، جاز مع ذلك للدائن أن ينفذ على أمواله قبل التنفيذ على الأموال التي خصصت لهذا التأمين ، ولا يجوز بالنسبة إلى الكفيل التنفيذ على أمواله إلا بعد التنفيذ على الأموال المخصصة للتأمين (م ٧٩١ مدني) (٢) .

(١) لارومبير م ٣ ١٢٠٨ فقرة ٤ — ديمولومب ٢٦ فقرة ٤٩٥ — فقرة ٥٠٠ — لوران ١٧ فقرة ٣٤٢ — هيك ١٢ فقرة ٢٥٢ — أوبري ورو ٤ فقرة ٢٩٨ مكررة ثالثا ص ٥٤ — ص ٥٧ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٨٩ — بيدان ولا جارد ٨ ص ٦١٥ هامش رقم ٣ — انظر عكس ذلك : ديرانتون ٢٨ فقرة ٣٨٢ في الهامش — توليه ٧ فقرة ١٧٢ — الموجز للمؤلف فقرة ٥٠٩ ص ٥٢٠ هامش رقم ٣ ، وقد كنا من هذا الرأي العكسي في الموجز ، واعتمدنا في ذلك على حكم محكمة الاستئناف المختلطة ، ولكن الصحيح هو الرأي الذي بطناه في المتن . وكانت محكمة الاستئناف المختلطة قد قضت بأن المدينين المتضامين ، وهم كفلاء بعضهم لبعض ، تسرى عليهم أحكام الكفالة ، فيجوز لأى منهم أن يتمسك على الدائن بسقوط حقه بقدر ما أضاعه بخطأه من التأمينات (١٧ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤٨٢) . ولكن هذه المحكمة رجعت عن هذا الرأي بعد ذلك ، فقضت بأن المدينين المتضامين ، وإن كانوا في علاقتهم فيما بينهم كفلاء بعضهم لبعض ، إلا أنهم في علاقتهم بالدائن يعتبر كل منهم مديناً أصلياً ، فليس له أن يتمسك بما يتمسك به الكفيل ، وليس له بنوع خاص أن يتمسك بأضاعة التأمينات (استئناف مختلط ١٧ فبراير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٧٩ — ٢٧ فبراير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٧١) .

ويستثنى بودرى وبارد من القاعدة التي تقضى بأنه لا يجوز للمدين المتضامن أن يتمسك على الدائن بأضاعته التأمينات حاليين : (١) إذا أضاع الدائن التأمينات بسوء نية ، بأن اتفق مثلا مع المدين الذي قدم التأمينات أن ينزل له ضما في مقابل مبلغ من النقود ، وقصر رجوعه على المدينين الآخرين (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٩٠) . (ب) إذا كان هناك اتفاق بين الدائن والمدينين المتضامين على أنه لا يجوز للدائن أن يضيع التأمينات بخطأه . وقد يكون هذا الاتفاق ضمناً ، بأن يكون للدائن ضمناً عالماً بأن المدينين المتضامين الآخرين لم يقبلوا التضامن إلا بعد أن قدمت هذه التأمينات (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٩١) .

(٢) على أنه إذا كان الدائن يعلم أن مديناً متضامناً هو وحده صاحب المصلحة في الدين ، ثم أبرأه منه ، فليس له أن يرجع بعد ذلك بشئ على المدينين الآخرين . ذلك أنه إذا رجع على - (م ٢٤ — الوسيط)

أما في علاقتهم بعضهم ببعض ، فقواعد الكفالة هي التي تسرى دون قواعد التضامن . وقد قدمنا أنه يجب على أى منهم قبل أن يقوم بوفاء الدين أن يحظر المدين الأصلي ، وإلا سقط حقه في الرجوع على هذا المدين إذا كان هذا قد وفى الدين أو كانت عنده وقت الاستحقاق أسباب تقضى ببطالان الدين أو بانقضائه . فإذا لم يعارض المدين الأصلي في الوفاء ، بقى لمن وفى الدين حقه في الرجوع عليه ، ولو كان المدين قد دفع الدين أو كانت لديه أسباب تقضى ببطالانه أو بانقضائه . وهذا هو نفس الحكم الذى يسرى على الكفيل ، من حيث وجوب إخطاره المدين قبل أن يقوم بوفاء الدين (م ٧٩٨ مدنى) (١) . ولكن الذى يعيننا أن نبيته هنا — وهى المسألة التى زيد الوقوف عندها — هو أن هؤلاء المدينين المتضامنين ، وقد ارتدوا كفلاء في علاقتهم بالمدين الأصلي ، لا يتحملون بشيء من الدين شأن كل كفيل إذ لا مصلحة لم فيه ، بل المدين الأصلي صاحب المصلحة هو الذى يتحمل بالدين كله . فإذا كان الدائن قد طالب المدين الأصلي بالدين فدفعه ، لم يرجع هذا المدين بشيء على المدينين المتضامنين معه إذ هم ليسوا إلا كفلاء عنه . أما إذا كان الدائن قد طالب أياً من هؤلاء المدينين المتضامنين غير المدين الأصلي بالدين فدفعه ، رجع الدافع بالدين كله على المدين الأصلي كما يفعل الكفيل الذى وفى المدين في رجوعه على المدين ، ولم ينقسم الدين على سائر المدينين المتضامنين . وهذا ، كما رأينا ، ماتص عليه صراحة المادة ٢٩٩ مدنى ، إذ تقضى بأنه إذا كان أحد المدينين المتضامنين هو وحده صاحب المصلحة في الدين ، فهو الذى يتحمل به كله نحو الباقي . فيتحمل المدين الأصلي إذن بالدين كله ، سواء طالبه به الدائن فدفعه دون أن يرجع بشيء على المدينين الآخرين ، أو طالب به الدائن مديناً آخر فدفعه ورجع به كله على المدين الأصلي . وإلى هذا تشير المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى إذ تقول : « ولكن إذا

« أحد منهم ، كان لهذا أن يرجع على صاحب المصلحة بالرغم من إيرائه فلم تعد هناك فائدة من هذا الإبراء . وما دام الدائن قد أبرأ صاحب المصلحة في الدين وهو عالم بذلك ، فالمفروض أنه أراد من باب أول إبراء المدينين الآخرين . كذلك إذا ورت الدائن صاحب المصلحة في الدين ، لم يكن له أن يرجع بشيء على غير أصحاب المصلحة من المدينين المتضامنين (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٧٢ ص ٢٨) .

(١) انظر آنفاً فقرة ٢٠٤ في المامش .

كان أحد المدينين هو وحده صاحب المصلحة في الدين ، فهو الذى يتحمل به كله في صلته بالباقيين . فلو أقيم الدليل على أن مديناً من المدينين المتضامنين هو المدين الأصلي وأن الآخرين ليسوا سوى كفلاء — في حدود صلتهم بعضهم ببعض لا في حدود صلتهم بالدائن — وجب أن يتحمل هذا المدين الدين كله ، فإذا وفى لم يكن له حق الرجوع على الباقيين ، وإذا قام بالفداء مدين آخر كان لهذا المدين أن يرجع عليه بالدين كله^(١) . ويخلص من هذه العبارة أنه يفترض في الأصل أن المدينين المتضامنين المتعددين كلهم أصحاب مصلحة في الدين ، فإذا ادعى أحد منهم أن واحداً أو أكثر من هؤلاء المدينين هم وحدهم أصحاب المصلحة في الدين ، فعليه يقع عبء الإثبات . وعليه أن يثبت ذلك وفقاً للقواعد العامة في الإثبات ، فلا يجوز أن يثبت إلا بالكتابة أو بما يقوم مقامها أن بعض المدينين المتضامنين في دين تزيد قيمته على عشرة جنيناهم هم وحدهم أصحاب المصلحة فيه^(٢) .

ويلاحظ أنه إذا كان أصحاب المصلحة في الدين أكثر من واحد ، فإن المدين الذى وفى الدين دون أن يكون ذا مصلحة فيه يرجع على أى من أصحاب المصلحة بكل الدين ، إذ كل من هؤلاء مدين أصلي . وهذا هو الحكم فيما إذا كان للمدينين المتضامنين المتعددين كفيل وفى الدين عنهم ، فقد نصت المادة ٨٠١ مدنى على أنه « إذا تعدد المدينون في دين واحد وكانوا متضامنين ، فلكفيل الذى ضمنهم جميعاً أن يرجع على أى منهم بجميع ماوفاه من الدين »^(٣) . وينقسم الدين بين أصحاب المصلحة فيه ، فإذا وفى أحدهم الدين كله ، سواء بدفعه مباشرة للدائن أو بوفائه لمدين غير ذى مصلحة قام بدفعه للدائن ، رجع على الباقي من أصحاب المصلحة كل بقدر حصته في الدين .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٩٨ — ص ٩٩ .

(٢) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٧٣ .

(٣) والكفيل الذى وفى الدين عن المدينين المتضامنين أن يرجع على أى منهم بكل الدين ، حتى لو كان المدين الذى رجع عليه قد اشترط على المدينين الآخرين أن يتحملوا هم وحدهم بكل الدين ، فإن هذا الشرط النافذ في علاقة هؤلاء المدينين بعضهم ببعض لا يسرى في حق الكفيل (بلانويل وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٩٢) .

وإذا دفع مدين غير ذى مصلحة في الدين كل الدين للدائن بناء على مطالبته إياه ، وأراد الرجوع على أصحاب المصلحة في الدين فوجدهم جميعاً معسرين : رجع عند ذلك على المدينين غير أصحاب المصلحة كل بقدر حصته في الدين (١) . فان لم يكن متفقاً على تعيين حصة كل منهم ، كانوا جميعاً متساوين في الحصص .

(١) ديمولومب ٢٦ فقرة ٤٥١ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٢٧٢ مكررة ١ ص ٣٨٣ الأستاذ عبد الحى حجازى ١ — ص ٢٤٩ — وقد طبقنا هنا أحكام الكفالة . وقد ورد في هذا المعنى نص صريح في التفتين المدنى المصرى ، إذ تقضى المادة ٧٩٦ من هذا التفتين بأنه « إذا كان الكفلاء متضامتين فيما بينهم ووفى أحدهم الدين عند حلوله ، كان له أن يرجع على كل من الباقيين بحصته في الدين وينصيبه في حصة الممر منهم » . وتنص المادة ٢٠٣٣ من التفتين المدنى الفرنسى على أنه « إذا تعدد الكفلاء لمدين واحد في دين واحد ، فالكفيل الذى وفى الدين يرجع على الكفلاء الآخرين كل بقدر حصته » .

الفصل الثالث

الالتزام غير القابل للانقسام *

(Obligation indivisible)

٢٠٩ — **تقسيم الموضوع** : نبحث الالتزام غير القابل للانقسام ، كما بحثنا الالتزام التضامني ، على الوجه الآتي : (أولا) أسباب عدم قابلية الالتزام للانقسام ، وهذا يقابل في الالتزام التضامني مصادر التضامن . (ثانياً) الآثار التي تترتب على قابلية الالتزام للانقسام (١) .

* **مراجع** : كاميل كليير (Camille Kleyer) في الالتزامات القابلة للانقسام وغير القابلة له رسالة من بروكسل سنة ١٨٧٣ — لويس جوترون (Louis Gotteron) في عدم قابلية الالتزامات للانقسام في القانون الروماني وفي القانون الفرنسي رسالة من بوردو سنة ١٨٧٦ — بتيكاز ٢ فقرة ٨٠٠ وما بعدها — هرفيه (Hervé) في التضامن وعدم القابلية للانقسام والكفالة رسالة من بوردو سنة ١٩٤٠ — بودري وبارد ٢ فقرة ١٣١٢ وما بعدها — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٨٦٣ وما بعدها — أوربي ورو ٦ فقرة ٣٠١ — بلانيول وريبير وجابولك ٧ فقرة ١٠٩٨ وما بعدها — دي باج ٣ فقرة ٢٩٢ وما بعدها — بلانيول وريبير وهولانجيه ٢ فقرة ١٨٩٥ وما بعدها — كولان وكايشان ٢ فقرة ٤٣٣ وما بعدها — جومران ٢ فقرة ٧٩٢ وما بعدها .

(١) وقد كسب موضوع الالتزام غير القابل للانقسام شهرة بميدة في التعقيد والفموض . وزاد في تعقيد وغموضه مؤلف وضحه ديمولان (Dumoulin)، من أشهر فقهاء القانون الفرنسي القديم، في القرن السادس عشر، عالج فيه هذا الموضوع بافاضة، وشبهه بتيه يفضل فيه الساري ، وقد وضع له المفاتيح والخيوط التي يمتد بها في اجتياز هذا التيه . ونلص بوتييه هذا المؤلف في بضع صفحات، وعن بوتييه أخذ واضعو التفتين المدني الفرنسي النصوص التهمة التي صاغوها في هذا الموضوع (بلانيول وريبير وجابولك ٧ فقرة ١٠٩٨) .

الفرع الأول

أسباب عدم قابلية الالتزام للانقسام

٢١٠ - النصوص القانونية : تنص المادة ٣٠٠ من التقنين المدني

على ما يأتي :

« يكون الالتزام غير قابل للانقسام :

« (أ) إذا ورد على محل لا يقبل بطبيعته أن ينقسم » .

« (ب) إذا تبين من الغرض الذي روى إليه المتعاقدان أن الالتزام لا يجوز تنفيذه منقسماً ، أو إذا انصرفت نية المتعاقدين إلى ذلك » (١) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ١١٦/١٧٢ (٢) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٣٠٠ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٢٨٧ - وفي التقنين المدني العراقي المادة ٣٧٦ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٧٠ (٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٤٢٤ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣١٢ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٢٠٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٠٠ - ص ١٠٢) .

(٢) التقنين المدني السابق م ١١٦/١٧٢ : متى كان الوفاء بالتعهد غير قابل للانقسام ، بالنسبة لحالة الأشياء المتعهد بها أو بالنسبة للغرض المقصود من التعهد ، فكل واحد من المتعهدين ملزم بالوفاء بالكل ، وله الرجوع على باقي المتعهدين منه . (ولا فرق في الحكم بين التقنينين القديم والجديد) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٣٠٠ (مطابقة) .

التقنين المدني الليبي م ٢٨٧ (مطابقة) .

التقنين المدني العراقي م ٣٣٦ (مطابقة) .

ويتبين من هذا النص أن عدم القابلية للانقسام يرجع إما لطبيعة عمل الالتزام ، وإما للاتفاق (١) .

٢١١ - عدم القابلية للانقسام يرجع الى طبيعة المحل : عنى

ديمولان (Dumoulin) ، وهو من فقهاء القانون الفرنسى القديم البارزين ، عناية خاصة بموضوع الالتزام غير القابل للانقسام ، وله فيه تقسيمات مشهورة ، لعلها ساعدت على تعقيد هذا الموضوع أكثر مما أدت الى تبسيطه .

على أن من تقسيماته مابقى حتى اليوم معمولاً به . من ذلك أنه يميز في عدم القابلية للانقسام الذى يرجع الى طبيعة المحل بين صورتين :

(الصورة الأولى) صورة عدم التجزئة المطلقة (indivisibilité absolue) أو عدم التجزئة الحتمية (indivisibilité nécessaire) ، وتتحقق عندما يكون عمل الالتزام بطبيعته غير قابل أصلاً للانقسام ، فعلم الانقسام يرجع الى أصل الخلقة لا الى عارض من عمل الإنسان .

فإذا كان الالتزام عمله نقل حق عيى ، فالأصل فيه أنه يكون قابلاً للانقسام ، إما انقساماً طبعياً (division matérielle) كما إذا كان المدين ملتزماً بنقل ملكية عشرين أردباً من القمح فيمكن انقسام هذا الالتزام انقساماً طبعياً الى أجزاء متعددة ، وإما انقساماً معنوياً (division intellectuelle) كما إذا كان المدين ملتزماً

— تقنين الموجبات والمقود البنائى م ٧٠ : يكون الموجب غير قابل لتجزئه : أولاً — يجب ماهية الموضوع حيناً يكون شيئاً أو علا غير قابل لتجزئة مادية أو معنوية . ثانياً — بمقتضى صك إنشاء الموجب أو بمقتضى القانون حيناً يستفاد من الصك أو من القانون أن تنفيذ الموجب لا يكون جزئياً .

ويلاحظ أن التقنين اثبتانى يضيف القانون الى أسباب عدم القابلية للانقسام . ولا محل لذكر القانون هنا ، فالنص الذى يقضى بعدم جواز تجزئة التنفيذ لا ليصل الالتزام ذاته غير قابل للانقسام ، ولكن يورد حكماً في تنفيذه ، مثل ذلك عندما ينص القانون على عدم جواز تجزئة الوفاء .

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٥٠ .

بفضل ملكية منزل فان هذا الالتزام يمكن أن يتقسم انقساماً معنوياً إلى نقل ملكية نصف المنزل في الشيوع وربعه وخسه وهكذا (١). غير أن هناك حقيقتين عيين لا يقبلان الانقسام بطبيعتهما القانونية، وهما حق الارتفاق وحق الرهن.

(١) انظر في أمثلة لعدم القابلية للانقسام نظراً لطبيعة المحل : استئناف مختلط ١٤ مارس سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٦٤ — ١٥ أبريل سنة ٩٠٠ م ١٢ ص ١٩٨ — ١٦ مايو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٤٠٤ — وانظر في عدم القابلية للانقسام في رصيد الحساب الجاري : استئناف مختلط ٥ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٥٥ — ١٧ يناير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٢٤ — ٢٧ مايو سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٩٠ — وانظر في عدم قابلية دعوى القسمة للانقسام : استئناف مختلط ٦ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٥١ — ٧ مايو سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٩٦ — وانظر في عدم قابلية دعوى بطلان المرافعة للانقسام : استئناف مختلط ١٧ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٢٨ — وفي عدم قابلية دعوى الصورية ودعوى البطلان للانقسام : استئناف مختلط ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ٣٢ .

وقد قضت محكمة النقض بأن طلب ورثة المشتري لمعار صحة ونفاذ البيع الذي عقده مورثهم لا يجعل موضوع الدعوى في جميع الأحوال غير قابل للتجزئة ، إذ مثل هذه الدعوى التي ينصدها بها أن تكون دعوى استحقاق مالا ، يعتبر في الأصل قابلاً للتجزئة ، لكل وارث أن يطالب بحصة في المبيع مساوية لحصة الميراثية ، وذلك ما لم يكن محل العقد غير قابل للتجزئة لطبيعته أو لمفهوم قصد عقديه . وإذن ففي كان الواقع أن ورثة المشتري أقاموا دعواهم على ورثة البائع يطلبون الحكم بصحة ونفاذ البيع الصادر من مورث هؤلاء الآخرين عن قطعة أرض فضاء ، ولما قضى برفض الدعوى استأنف بعض الورثة دون البعض الآخر الحكم ، وكان الحكم الاستئنافي إذ قضى بقبول الاستئناف وإلغاء الحكم الابتدائي وصحة ونفاذ البيع استناداً إلى أن موضوع الدعوى غير قابل للتجزئة ، لم يبين كيف توافر لديه الدليل على هذا ، فإنه يكور قد شابه قصور بطل له في قضائه ، لأنه متى كان المبيع قطعة أرض فضاء فإنه لا يصح إطلاقاً القول بأن للموضوع غير قابل للتجزئة دون بيان سند لهذا القول (نقض مدني أول مارس سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٧٣ ص ٣٩٤) .

وقضت محكمة النقض ، في خصوص دعوى الفسب ، بأنه إذا رفعت دعوى الفسب ، وكانت العين المنصوبة المطلوب ردها قابلة بذاتها للتجزئة ، بل بجزأة فضلاً ، وتحت يد كل من المدعي عليه بالفسب جزء معين منها يستند في وضع يده عليه إلى عقد صادر له من ملكه ، وحسبته المحكمة برفضها ، فاستأنف المدعي هذا الحكم في الميعاد ضد بعض المدعي عليهم الواضي إليه حل بعض أجزاء العين ، ثم استأنف بعد الميعاد ضد المدعي عليهم الواضي إليه حل بعض الأجزاء الأخرى ، فلا يقبل قول هذا المستأنف بأن موضوع الحق المطلوب غير قابل للتجزئة ، وأنه لهذه السلة يكفي أن يكون استئنائه قبل البعض صحيحاً ليكون الاستئناف قبل البعض الآخر صحيحاً ولو كان بعد الميعاد ، بل الحكم الذي يقبل هذا ويقرره في هذه الصورة يكون باطلاً صحيحاً نقضه (نقض مدني ٢٥ مايو سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٢٥ ص ٢٢٦) . ومع ذلك فقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا تكيفت الدعوى بأنها دعوى ملكية موضوعها =

فمن يلتزم بترتيب حق ارتفاق أو ترتيب حق رهن لا يستطيع أن يجزئ التزامه .
ويكون الالتزام في هاتين الحالتين غير قابل للانقسام بصفة مطلقة أو بصفة
حتمية (١) .

وإذا كان الالتزام محله القيام بعمل كالالتزام بتسليم شيء : فانه قد يكون
بطبيعته قابلاً للانقسام وقد لا يكون . فإذا تعهد شخص بتسليم أرض . فانه
يستطيع أن يجزئ التزامه إذ الأرض قابلة بطبيعتها للتجزئة ، فيمكن أن يسلم
جزءاً من الأرض ثم يسلم جزءاً آخر وهكذا . أما إذا تعهد بتسليم حيوان حي ،
حصان مثلاً ، فانه لا يستطيع أن يجزئ التزامه : إذ الحيوان الحي كل لا يتجزأ
عند التسليم . صحيح أنه تجوز تجزئته في نقل ملكيته ، فتنتقل ملكية نصف الحصان
أو ربه : ولكن الالتزام بتسليم الحصان هو التزام غير قابل للانقسام ، وعدم
القابلية للانقسام هنا يرجع إلى أصل الحلقة فهو مطلق أو حتمي . كذلك التزام
البائع بضمان الاستحقاق التزام غير قابل للانقسام ، ويرجع ذلك إلى طبيعة محل
الالتزام . وقل مثل هذا في التزام المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين
المؤجرة (٢) . وغنى عن البيان أن الالتزام بالقيام بعمل ، حتى إذا كان في طبيعته
غير قابل للانقسام ، يصبح قابلاً للانقسام إذا تحول إلى تعويض نقدي (٣) .

وإذا كان الالتزام محله الامتناع عن عمل ، فأكثر ما يكون أنه غير قابل
للانقسام ، إذ أي عمل يأتيه المدين مخالفاً لالتزامه يعتبر خرقاً للالتزام . فإذا
تعهد بائع المتجر لمشتريه ألا ينافسه في حدود معينة ، فأية منافسة يقوم بها البائع

= ملكية منزل وأساسها فعل غصب ادعى به على عدة أشخاص ، أصبح موضوع الدعوى ، وهو
تثبيت الملكية للمنزل والتخل عن تسليمه ، لا يقبل الانقسام ، واعتبر هذا الطلب المبني على
فعل الغصب غير قابل للتجزئة عند التنفيذ . وما دام المدعى عليهم جميعاً معتبرين غاصبين ، فلا
محل للفرقة بينهم : إذ يجوز للمدعى مقاضاتهم بهذه الصفة ، سواء أكانوا غاصبين بأنفسهم أم
حالين محل الغاصب ، وسواء أكانوا حتى النية أم لا (استئناف مصر ٢٨ يونيو سنة ١٩٣٢
الحامدة ١٣ رقم ٣٥٠ ص ٧٠٧) .

(١) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١١٠١ ص ٤٧٣ .

(٢) انظر في كل ذلك بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١١٠١ ص ٤٧٣ .

(٣) نقض فرنسي ١٤ مارس سنة ١٩٣٣ دالوز الأسبوعي ١٩٣٣ — ٢٣٤ — بلانيول

وريبير وجابولد ٧ فقرة ١١٠١ ص ٤٧٣ .

في الحدود المتفق عليها تعتبر خرقاً للالتزام ، ولا يستطيع البائع أن يفوم بالتزامه من عدم المنافسة إلا قياماً غير مجزأ وغير قابل للانقسام بامتناعه أصلاً عن المنافسة . على أنه يمكن أن نتصور أن الالتزام بعدم المنافسة يكون قابلاً للانقسام استثناء . فإذا كانت أعمال المنافسة التي التزم بها البائع قد فصلت وقسمت إلى أعمال معينة يضمها كلها التزام واحد ، بأن اشترط المشتري مثلاً على بائع المتجر ألا يقيم متجراً آخر منافساً ، وألا يصرف عملاء المتجر عنه ، وألا ينتزع منه مستخدميه ، فمن الممكن في هذه الحالة أن يقوم البائع بمجزء من التزامه ويحل بمجزء آخر ، فيمتنع مثلاً عن إقامة متجر مماثل ولكنه ينتزع مستخدمي المتجر ، ويكون الالتزام بالامتناع عن عمل في هذه الحالة قابلاً للانقسام (١) .

(الصورة الثانية) صورة عدم التجزئة النسبية (indivisibilité relative)

أو عدم التجزئة الطبيعية (indivisibilité naturelle) . ويتحقق عند ما يكون محل الالتزام غير قابل للانقسام لا بأصل خلقته ، بل لعارض من عمل الإنسان . مثل ذلك الالتزام بتسليم متجر ، فإن المتجر وهو محل الالتزام إذا كان قابلاً للانقسام بطبيعته إذ تمكن تجزئة عناصره المختلفة من مكان و سلع و عملاء وحقوق و ديون وما إلى ذلك ، إلا أنه جعل بعمل الإنسان كلاً غير قابل للتجزئة ، فلا يمكن تسليم بعضه دون بعض . كذلك الالتزام ببناء منزل هو أيضاً التزام غير قابل للانقسام ، لا بأصل خلقته ، وإلا فمن الممكن أن نتصور تجزئة بناء المنزل ، فيقوم بتشيد حيطانه مقابل ، ويقوم بعمل أبوابه ونوافذه مقابل ثان ، ويقوم بتجهيزه بالأدوات الصحية مقابل ثالث وهكذا . ولكن الالتزام عند ما يقع

(١) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١١٠١ ص ٤٧٤ — وقد عرضت المذكرة الإيضاحية لهذه الصورة الأولى ، صورة عدم التجزئة المطلقة أو الحتمية ، فقالت : « تتناول المادة ٤٢٤ (م ٣٠٠ ملق) بيان حالي عدم القابلية للانقسام : (١) فترض الأول حيث يرد الالتزام على عمل لا يقبل التجزئة بطبيعته ، كما هو الشأن في تسليم شيء معين بذاته يعتبر كلاً لا يحتمل التبعيض كجواد مثلاً ، أو في ترتيب أو نقل حق غير قابل للانقسام كالارتفاع مثلاً ، أو في التزام وضع لا يتصور فيه التفريق كالبقاء على موقف سلسبي معين بمقتضى الالتزام بالامتناع عن عمل شيء » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٠١) .

على بناء منزل في مجموعه ، فقد جعل محل الالتزام كلا غير قابل للتجزئة ، ولا يعتبر الالتزام قد نفذ إلا إذا تم بناء المنزل بأكمله (١) .

٢١٢ - عدم القابلية للانقسام يرجع الى الاتفاق : ويكون

الالتزام أيضاً غير قابل للانقسام ، كما تقول الفقرة (ب) من المادة ٣٠٠ مدني « إذا تبين من الغرض الذي رُمى إليه المتعاقدان أن الالتزام لا يجوز تنفيذه منقسماً . أو إذا انصرفت نية المتعاقدين إلى ذلك » . فحل الالتزام يكون إذن بطبيعته قابلاً للانقسام ، ولكن المتعاقدين أرادوا غير قابل للانقسام بالاتفاق فيما بينهما . وعدم التجزئة هنا تسمى عدم تجزئة اتفاقية (indivisibilité conventionnelle) ، أو عدم تجزئة عرضية (indiv. accidentelle) ، أو عدم تجزئة في التنفيذ (indiv. solutione tantum) . والإرادة إما أن تكون صريحة أو ضمنية .

فالإرادة تكون صريحة إذا اشترط الدائن على المدين صراحة في العقد الذي أنشأ الالتزام ألا يجوز تنفيذه منقسماً ، بل يجب تنفيذه باعتباره كلاً غير قابل للتجزئة . وأكثر ما يقع ذلك في الالتزامات التضامنية عند ما يريد الدائن ألا ينقسم الالتزام على ورثة أحد من المدينين المتضامنين أو عند ما يريد الدائنون المتضامنون ألا ينقسم الالتزام على ورثة أى منهم ، فيشترط إلى جانب التضامن في الالتزام عدم قابلية للانقسام (٢) ، وقد رأينا في التضامن أن الالتزام ينقسم على الورثة ما لم يشترط عدم قابليته للانقسام . وكثيراً ما يشترط في نظم الشركات التجارية أن السهم يكون غير قابل للتجزئة بالنسبة إلى الشركة ، فلا يجوز أن يمثل السهم أمام الشركة ، إلا شخص واحد (٣) .

وتكون الإرادة ضمنية إذا تبين مثلاً أن الغرض الذي يرمى إليه المتعاقدان يجعل الالتزام غير قابل في تنفيذه للتجزئة . فن اشترى أرضاً لبنى عليها مدرسة

(١) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١١٠١ ص ٤٧٤ — وانظر أيضاً بوتيه في الالتزامات فقرة ٢٩٢ .

(٢) ويكون الشرط هنا واقعاً على الالتزام ذاته فيجعله غير قابل للانقسام ، ولا يعتبر أنه تعاند على تركه مستقبلاً (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١١٠٢ ص ٤٧٥) .

(٣) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١١٠٢ ص ٤٧٦ .

أو مستثنى أو داراً ، وكان البناء يقتضى كل هذه المساحة من الأرض المبيعة ، وقد دخل ذلك في حساب المتعاقدين ، فان الأرض وإن كانت قابلة للتجزئة بطبيعتها ، إلا أنها في هذه الحالة لا تمكن تجزئتها بالنسبة إلى الغرض الذى رى إليه المشتري ، وقد علم به البائع ، وكان محل اتفاق ضمنى بينهما . كذلك إذا تعهد شخص باقراض آخر مبلغاً من النقود ليسترد عيناً أو ليشفع فيها ، وكان هذا المبلغ كله ضرورياً للاسترداد أو للأخذ بالشفعة ، فان الالتزام هنا لا يتجزأ طبقاً للغرض الذى رى إليه المتعاقدان (١) .

(١) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٣٢٧ ص ٤٥٣ — وانظر المذكرة الإيضاحية المشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٠١ — وقد قست محكمة النقض بأن عدم تجزئة الالتزام يصح تقريره بارادة المتعاقدين . وإذن ففى كان الواقع فى الدعوى هو أن الطاعن اشترى من المظنون عليه قطعتى أرض منفصلتين الواحدة عن الأخرى ولكن أفرغاً معاً فى محرر واحد ، وكان الحكم ، إذ قضى برفض الدعوى التى أقامها الطاعن بطلب الحكم بصحة ونفاذ عقد البيع بالنسبة إلى إحدى القطعتين تأسيساً على أن التزامات الطاعن بالنسبة إلى القطعتين واحدة لا تقبل التجزئة وإنه قصر فى الوفاء بها ، قد أقام قضاؤه على أن الطاعن تعهد بوفاء دين قطعة مما يبقى من ثمن الثانية وأن نية المظنون عليه واضحة فى هذا من رغبته التخلص من ديونه دفعة واحدة ببيع قطعتى الأرض على السواء لمشتري واحد يكل من باقى ثمن إحداهما ما على الأخرى لنفس الدائن ، متى كان الحكم قد أقام قضاؤه على ذلك ، فإن ما ينمى عليه الطاعن من خطأ فى تطبيق القانون استناداً إلى أنه أوفى المظنون عليه بكامل ثمن القطعة التى طلب الحكم بصحة ونفاذ العقد بالنسبة إليها يكون على غير أساس (نقض مدنى ٢٢ مارس سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٨٢ ص ٤٤٤)

هذا ويذهب بعض الفقهاء إلى جعل عدم التجزئة النسبية وعدم التجزئة الاتفاقية قسراً واحداً فكلهما يرجع إلى الجهة التى اعتبر من ناحيتها الالتزام (دى باج ٣ فقرة ٢٩٨ وفقرة ٣٠٠ وفقرة ٣٠٤ — أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠١ ص ٧٤ — بيدان ولاجارد ٨ فقرة — ٨٨٠ فقرة ٨٨٢ — كولان وكايتان ٢ فقرة ٧١٤) . ويستقيم فقهاء آخرون التمييز بين هاتين التومنين (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١١٠١ — فقرة ١١٠٢ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٨٩٨ — فقرة ١٩٠٤ — جوسران ٢ فقرة ٧٩٥) . وانظر فى أن عدم التقابلية للانقسام انما يقع على محل الالتزام لا على الالتزام ذاته ، وأنه أقرب إلى أن يكون خصوصية فى تنفيذ الالتزام من أن يكون وصفاً له : بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٨٦٥ .

الفرع الثاني

الآثار التي تترتب على عدم قابلية الالتزام للانقسام

٢١٣ - نعرده المبرين أو نعرده المائين : تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيلي : « لا تظهر أهمية عدم قابلية الالتزام للانقسام إلا حيث يتعدد المدينون أو الدائنون ، إما ابتداء عند إنشاء الرابطة القانونية ، وإما بعد ذلك إذا تعدد ورثة من كان بمفرده طرفاً من طرفي الالتزام . أما حيث لا يتعدد الدائن ولا المدين ، فيتعين الوفاء بالالتزام كاملاً دون تبعض ، منقسماً كان أو غير قابل للانقسام ، وللدائن أن يرفض الوفاء الجزئي (١) » .

والواقع من الأمر أنه ما دام كل من الدائن والمدين واحداً ، فسواء كان الالتزام قابلاً للانقسام أو غير قابل له ، فليست هناك أية أهمية عملية لهذا التمييز ، إذ أن الالتزام - قابلاً للانقسام أو غير قابل له - يكون دائماً في تنفيذه غير قابل للانقسام . ولا يستطيع المدين أن يجزئ تنفيذه ، وأن يجبر الدائن على قبول وفاء جزئي ، ولو كان الالتزام قابلاً لهذه التجزئة . فإذا كان على المدين مبلغ من النقود ، وحل أجل الدين ، لم يستطع المدين أن يجبر الدائن على أن يقبل جزءاً من هذا المبلغ ، مع أن النقود قابلة للتجزئة (٢) .

ولمّا تبين أهمية التمييز بين الالتزام القابل للانقسام والالتزام غير القابل له ، إذا تعدد المدين أو تعدد الدائن . فإذا تعدد المدين في التزام ، فالأصل أن ينقسم

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٠٤ .

(٢) عل أنه قد يكون كل من الدائن والمدين واحداً ويكون من المهم مع ذلك معرفة ما إذا كان الالتزام غير قابل للانقسام ، وذلك في حالة استعمال القاضي لحقه في نظرة الميسرة (٢/٣٤٦ مدني) . فإذا كان الالتزام غير قابل للانقسام - بطبيعته على الأقل - لم يستطع القاضي أن يجزئ الالتزام على أقساط ، وإن استطاع تأجيله كله (بيدان راجارد ٨ فقرة ٨٦٠) . كما قد يترتب على اشتراط عدم الانقسام الربط بين التزامين منفصلين في الأصل ، فيصير التزام المدين واحداً لا يقبل التجزئة (الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام ص ٣٠٦ هامش رقم ١ - نقض مدني ٢٢ مارس سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٨٢ ص ٤٤٤) .

الالتزام على المدينين (١) ، إلا إذا كان غير قابل للانقسام ، فعندئذ يكون كلا لا يقبل التجزئة . وعلى كل مدين أدائه كاملاً للدائن ، حتى لو لم يكن هناك تضامن بين المدينين . كذلك إذا تعدد الدائن ، فالأصل أيضاً أن ينقسم الالتزام على المدينين ، إلا إذا كان غير قابل للانقسام ، فعندئذ يستطيع كل دائن أن يطالب المدين بالدين كله ، حتى لو لم يقر تضامن بين الدائنين .

ومن ثم يجب تعدد المدينين أو الدائنين ، حتى تظهر الآثار التي ترتب على عدم القابلية للانقسام . وهذا ما يدعو إلى جعل عدم القابلية للانقسام وصفاً متعلقاً ، لا بمحل الالتزام ، بل بأطرافه (٢) . والتعدد إما أن يوجد منذ البداية عند نشوء الالتزام ، وإما أن يطرأ بعد نشوء الالتزام وقبل تنفيذه ، بأن يموت الدائن أو المدين ويترك ورثة متعددين ، أو بأن يحول الدائن أو المدين جزءاً من الدين إلى محال له أو محال عليه ، فيتعدد الدائنون أو المدينون لاعتبار طريق الميراث بل عن طريق الحوالة .

فستعرض إذن : (أولاً) تعدد المدينين (ثانياً) تعدد الدائنين .

(١) انظر في انقسام الدين على المدينين المتعديدين : استئناف مخطط ٢٠ يناير سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٠٦ — ١٨ يونيو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٤٤٧ — ١٠ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٥٨ — ٢٩ يونيو ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٥٣ .

(٢) ذلك لأنه ما دام أن أهمية عدم قابلية الالتزام للانقسام لا تظهر إلا عند تعدد المدين أو الدائن ، فوصف عدم القابلية للانقسام إنما يدور مع هذا التعدد ، لا مع طبيعة المحل في ذاته ، فيلحق بأطراف الالتزام دون محله (انظر في باج ٣ فقرة ٢٦٧ وفقرة ٢٧٢ وفقرة ٢٩٢ — فقرة ٢٩٣ — أوربي ورو ٤ فقرة ٣٠١ ص ٧٦ — ٧٧ — بلانيول وريبير وجابول ٧ فقرة ١٠٩٩) — وفي هذا المعنى تنص المادة ٧٦ من تقنين الميراثات والمقود البناقي على أن « الموجب القابل للتجزئة يجب تنفيذه فيما بين الدائن والمدينين كما لو كان غير قابل لها ، ولا يلتفت إلى قابلية التجزئة إلا إذا كان هناك عدة دائنين لا يستطيع كل منهم أن يطالب إلا بحصته من الدين القابل للتجزئة ، أو إذا كان عدة مدينين لا يلزم كل منهم إلا بجزء من الدين . ويطبق القاعدة نفسها على الورثة ، فلا يمكن أن يطالبوا أو يطالبوا إلا بالحصص التي تعود لهم أو عليهم من دين التركة » .

المبحث الأول

تمدد المدينين في الالتزام غير القابل للانقسام

٢١٤ - النصوص القانونية : تنص المادة ٣٠١ من التقنين المدني على ما يأتي :

١ - إذا تعدد المدينون في التزام غير قابل للانقسام ، كان كل منهم ملزماً بوفاء الدين كاملاً .

٢ - وللمدين الذي وفى بالدين حتى الرجوع على الباقيين ، كل بقدر حصته ، إلا إذا تبين من الظروف غير ذلك (١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٤٢٥ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي :

١ - إذا تعدد المدينون في التزام غير قابل للانقسام ، كان كل منهم ملزماً بوفاء الدين كاملاً ، وكذلك يكون الحكم بالنسبة لورثة كل مدين . ٢ - وللمدين الذي وفى الدين حتى الرجوع على الباقيين ، كل بقدر حصته ، إلا إذا تبين من الظروف غير ذلك . وفى لجنة المراجعة حذفت عبارة « وكذلك يكون الحكم بالنسبة لورثة كل مدين » من الفقرة الأولى ، ولم تذكر اللجنة سبب الحذف ، ولكن الظاهر أن هذا السبب يرجع إلى أنه عند موت المدين تكون التركة مستولة عن التزامه حتى لو كان قابلاً للانقسام وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية ، فلا ينقسم على الورثة ، ومن ثم لم يعد هناك حاجة إلى النص على هذا الحكم في خصوص الالتزام غير القابل للانقسام . وقد أصبح النص بعد هذا الحذف مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وأصبح رقمه ٤١٣ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، وكذلك لجنة مجلس الشيوخ وقد ذكرت في تقريرها ما يأتي : « اقترح أن يضاف إلى نصوص المواد ٣٠٠ وما بعدها الخاصة بالالتزام غير القابل للانقسام النص الآتي : تسمى أحكام التضامن على الالتزام غير القابل للانقسام ، وذلك بقدر ما تتفق هذه الأحكام مع طبيعته ، وذلك ليبان حكم التقادم والإبراء وما إلى ذلك من أحكام التقادم في خصوص الالتزام غير القابل للانقسام . ولم تر اللجنة الأخط بهذا الاقتراح ، لأن أكثر أحكام التضامن تقوم على فكرة النيابة ، ومن الأخطاء النحرز من بسط نطاق هذه الفكرة على الالتزام غير القابل للانقسام . أما بيان الأحكام التي يشير إليها الاقتراح فيرجع فيها إلى القواعد العامة ، وهذا فضلاً عن أن صيغة النص المقترح لا تزد القاضى إلى ضابط بين المأمور . » ثم وافق مجلس الشيوخ على النص تحت رقم ٣٠١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٠٢ - ١٠٦) .

وبقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ١١٦/١٧٢ (١) .

وبقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٣٠١ — وفي التقنين المدني الليبي المادة ٢٨٨ — وفي التقنين المدني العراقي المادة ٣٣٧ — وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المواد ٧١ و٧٣ و٧٤ و٧٧ — ٧٨ (٢) .

(١) التقنين المدني السابق م ١١٦/١٧٢ : متى كان الوفاء بالتمهيد غير قابل للانقسام بالنسبة لحالة الأشياء المتمهدة بها أو بالنسبة للفرض المقصود من التمهيد، فكل واحد من المتمهدين ملزم بالوفاء بالكل، وله الرجوع على باقي المتمهدين معه . (والحكم واحد في التقنينين القديم والجديد) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٣٠١ (مطابقة) .

التقنين المدني الليبي م ٢٨٨ (مطابقة) .

التقنين المدني العراقي م ٣٣٧ (مطابقة) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٧١ : إذا تعدد المديونون في موجب غير قابل للتجزئة أمكن إلزام كل منهم بإيفاء المجموع، على أن يكون له حق الرجوع على سائر المديونين . ويسرى هذا الحكم على ورثة من عقد مثل هذا الموجب إذ لا تصح فيه قاعدة التجزئة الأثرية خلافاً لدين التضامن . ويكون الرجوع على بقية المديونين إما بإقامة دعوى شخصية وإما بإقامة الدعوى التي كانت من حق الدائن مع ما يتبعها من وجوه التأمين .

م ٧٣ : إن المديونين بدني لا يتجزأ والمدعى عليه بمجموع الموجب يمكنه أن يطلب مهلة لإدخال بقية المديونين في الدعوى ليحول دون صدور الحكم عليه وحده بمجموع الدين . أما إذا كان لا يمكن استيفاء الدين إلا من المديون المدعى عليه، جاز صدور الحكم عليه وحده وله عندئذ حق الرجوع على سائر شركائه في الإرث أو في الموجب بما يناسب حصة كل منهم .

م ٧٤ : إن قطع أحد الدائنين لمرور الزمن في موجب لا يتجزأ يستفيد منه الآخرون، كما أن قطعة على مديون تنفذ في حق سائر المديونين . وكذلك الأسباب الموقفة لمرور الزمن فإن حكمها يسرى على الجميع .

م ٧٧ : إن الدين القابل للتجزئة بين المديونين لا يتجزأ : أولاً — حينما يكون موضوع الموجب تسليم شيء معين بذاته موجود في حوزة أحد المدينين . ثانياً — حينما يكون أحد المديونين موكلاً وحده بتنفيذ الموجب إما بمقتضى عقد الإنشاء وإما بمقتضى عقد لاحق له . وفي كلتا الحالتين يمكن أن يطالب بمجموع الدين المديون الواضع يده على الشيء أو الموكل بالتنفيذ، ويكون له عند الاقتضاء حق الرجوع على شركائه بالدين .

م ٧٨ : إن قطع مرور الزمن في الأحوال المبينة في المادة السابقة، على المديون التي تمكن مطالبته بجميع الدين، تسرى مفاعيله على سائر الموجب عليهم .
والأحكام واحدة في التقنين اللبناني والتقنين المصري، إلا أن نصوص التقنين اللبناني أكثر =

وحق تقابل ما بين تعدد المدينين في الالتزام القابل للانقسام والتضامن بين المدينين ، نجرى في البحث هنا على الخطه التي جرينا عليها هناك ، فنبحث في الالتزام غير القابل للانقسام : (١) علاقة الدائن بالمدينين (٢) وعلاقة المدينين بعضهم ببعض .

المطلب الأول

علاقة الدائن بالمدينين

٢١٥ - **المبادئ الأساسية :** في علاقة الدائن بالمدينين يكون للالتزام غير القابل للانقسام محل واحد لا يتجزأ . فوحدة المحل يشترك فيها الالتزام غير القابل للانقسام والالتزام التضامني ، ولكن الأول يزيد على الثاني في أن هذا المحل الواحد غير قابل للتجزئة .

ويرتب على فكرة وحدة المحل وعدم قابليته للتجزئة ما يأتي :
أولاً - فيما يتعلق بالوفاء يستطيع الدائن أن يطالب أياً من المدينين المتعددين بالدين كله ، فانه دين واحد غير قابل للتجزئة .

ثانياً - وفيما يتعلق بأسباب انقضاء الالتزام الأخرى غير الوفاء ، إذا انقضى الالتزام بأى سبب منها بالنسبة إلى أحد المدينين المتعددين ، فانه - نظراً لوحدة الالتزام وعدم قابليته للتجزئة - ينقضى بالنسبة إلى الآخرين ، وقد رأينا في التضامن أنه ينقضى بقدر حصه من قام به سبب انقضاء الالتزام .

- تفصيلاً ، فقد عرضت لمعلم تجزئة الالتزام بالنسبة إلى ورثة المدين - وإن كان هذا غير دقيق وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية كما قدمنا - كما عرضت لتكييف دعوى رجوع المدين على سائر المدينين ، وإمكان المدين أن يطلب مهلة لإدخال بقية المدينين في الدعوى ، ولأثر قطع التقادم ووقفه بالنسبة إلى المدينين الآخرين . وهذا كله يمكن الأخذ به في مصر دون حاجة إلى نص لأنه تطبيق للقواعد العامة . وعرض التقنين البنائي إلى حالة خاصة للالتزام غير القابل للتجزئة - إذا تركزت عدم التجزئة في أحد المدينين المتعددين بأن كان محل الالتزام تسليم شيء معين بالذات موجود في حيازة هذا المدين أو بأن كان هذا المدين موكولاً إليه وحده تنفيذ الالتزام - فمقد ذلك يكون لهذا الالتزام بالنسبة إلى هذا المدين وحده أحكام الالتزام غير القابل للانقسام ، فتجوز مطالبة وحده بالالتزام كله ، وقطع التقادم بالنسبة إليه يعتبر قطعاً لتقادم بالنسبة إلى الآخرين . (م ٢٥ - الوسيط)

ثالثاً — ولما كان المدينون المتعددون في الالتزام غير القابل للانقسام لا يربطهم بعضهم ببعض إلا أن المحل واحد غير قابل للتجزئة ، فهذه رابطة ترجع إلى طبيعة الأشياء ولا تقوم على أساس من النيابة التبادلية ، ومن ثم لا يترتب في عدم القابلية للانقسام ما كان يترتب في التضامن على النيابة التبادلية (١) .

ونتناول بالبحث كل مبدأ من هذه المبادئ الثلاثة .

٢١٦ — انقضاء الالتزام غير القابل للانقسام بالوفاء — أصله

الرئيس مطالب أي مدين بالوفاء كله : يجوز للدائن أن يطالب أي مدين بالالتزام غير القابل للانقسام ، فإن حل هذا الالتزام واحد لا يتجزأ ، فأى مدين من المدينين المتعددین تعتبر ذمته مشغولة بالنسبة إلى الدائن بكل الالتزام (٢) .

(١) وقد تقدم أن لجنة مجلس الشيوخ ذكرت في تقريرها أن الأحوط التحرز من بطلان فطابق فكرة النيابة التبادلية على الالتزام غير القابل للانقسام (انظر آتقاً فقرة ٢١٤ في المامش) . وقد أمنت اللجنة صنماً في ذلك ، فإن النص الذي كان مقترحاً عليها ورفضت الأخذ به كان يقضى بمد أحكام التضامن فيما يقوم على النيابة التبادلية إلى الالتزام غير القابل للانقسام ، فكان هذا النص يدخل فكرة غريبة على التزام لا تتلام معها طبيعة . انظر مع ذلك المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، حيث ورد فيها ما يأتى : « وقد واجهت المادة ٤٢٥ حالة تعدد المدينين ، وفي هذه الحالة يلتزم كل مدين في صلته بالدائن بالوفاء بكل الالتزام كما هو الشأن في التضامن ، وتستبعد كذاك فكرة النيابة حيث يكون إعمالها ضاراً ، وتستثنى إذا كان في ذلك نفع للمدينين : انظر المادة ٧٤ من التقنين البنائى » (مجموعة الأعمال التصديرية ٣ ص ١٠٤) . وهذه العبارة الأخيرة ، التى تشير إلى مد فكرة النيابة التبادلية إلى الالتزام غير القابل للانقسام فيما ينفع ، ليست صحيحة كما رأينا . والمادة ٧٤ من التقنين البنائى ، إذا كانت تجعل قطع التقادم أو وقفه بالنسبة إلى أحد المدينين يقطع التقادم أو يوقفه بالنسبة إلى الباقى ، فليس يرجع ذلك إلى قيام نيابة تبادلية . ولو كان الأمر كذلك ، لما انقطع التقادم أو وقف بالنسبة إلى الباقى ، لأن النيابة التبادلية لا يجوز إعمالها فيما يضر كما مر . وإنما يرجع انقطاع التقادم ووقفه بالنسبة إلى المدينين الآخرين إلى أن طبيعة المحل ، من حيث عدم قابليته للتجزئة ، تقتضى هذا الحكم كما سيبنى . (قارن الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ٢١٨) .

(٢) انظر الفقرة الأولى من المادة ٣٠١ مدنى . ويترتب على ذلك أنه إذا جمع شخصين التزام غير قابل للانقسام ، وكان أحدهما رشيداً والآخر قاصراً ، أمكن الدائن أن يلزم الرشيد منهما بتنفيذ الالتزام كله . فإذا لم يقم هذا المدين بالتنفيذ ، أمكن الدائن أن يطلب منق العقد مع الحكم

وكذلك يجوز لأي مدين أن يني بكل الالتزام للدائن ، ويجبر الدائن على قبول هذا الوفاء ، ولا يستطيع أن يقتصر على قبول حصة المدين في الالتزام إذا أراد هذا أن يني بكل الالتزام . ومتى وفي المدين الالتزام كله للدائن ، برئت ذمة المدينين الآخرين نحو الدائن بهذا الوفاء .

وإذا طالب الدائن أحد المدينين المتعدين بكل الدين على الوجه الذي قدمناه ، كان لهذا المدين أن يدخل في الدعوى باقي المدينين حتى يحكم عليهم جميعاً بالدين ، إذا كان الالتزام يمكن لأي مدين تنفيذه ، أو كان لا يمكن تنفيذه إلا بوساطتهم جميعاً . وحتى إذا كان المدين المطالب بالدين هو وحده الغني يمكن استيفاء الدين منه ، كان له أيضاً أن يدخل بقية المدينين في الدعوى ، حتى يستصدر عليهم أحكاماً برجوعه على كل منهم بحصته في الدين (١) .

ولكل مدين أن يدفع مطالبة الدائن له بكل الدين بأوجه الدفع الخاصة به وبأوجه الدفع المشتركة بين المدينين جميعاً ، كما في التضامن . ولكن ، كما في التضامن أيضاً ، لا يجوز له أن يدفع هذه المطالبة بأوجه الدفع الخاصة بمدين آخر غيره . فيجوز إذن للمدين أن يدفع بأنه كان ناقص الأهلية وقت عقد الدين ، أو أن إرادته قد شابها عيب من غلط أو تدليس أو إكراه ، وهذه أوجه دفع خاصة به . ويجوز له أيضاً أن يدفع بأن الدين قد انقضى بسبب

= عليه بالتعويض (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١١٠٣ ص ٤٣٧) . وقضت محكمة النقض بأنه متى كان حكم التضامن وعدم التجزئة نافذاً على المدينين ، فلا محل لأن يسألوا نازع الملكية عن تنفيذ أجرى على ألبان أحدهم ، ما دامت هذه الألبان داخلة في الألبان الموهونة التي تقرر عليها حق امتياز لنازع الملكية سابق في المرتبة على من نفذ عليها ، مما يقتضاه أن نازع الملكية حتى إذا سكت عن استعمال حقه عندما أجرى هذا التنفيذ ، فإن حقه في اقتضاء دينه كاملاً من مدينيه المتضامتين ما يبق قائماً ، وهؤلاء وشأنهم في رجوعهم بعضهم على بعض (نقض مدني ٢٦ مارس سنة ١٩٤٢ مجموعة محر ٣ رقم ١٤٨ ص ٤٢٠) .

(١) انظر المادة ٧٣ من تقنين الموجبات والمعقود الينائي . وانظر بودري وبارد ٢ فقرة ١٣٣٤ — فقرة ١٣٣٨ — هذا والمحكمة من تلقاء نفسها ، دون طلب من المدين ، أن تأمر بإدخال باقي المدينين في الدعوى ، وتعين مباداً لحضورهم ، وتكلف من يقوم من الخصوم بإعلانهم (١٤٤ م من تقنين المرافعات) . بل يجوز لباقي المدينين أن يتدخلوا هم من تلقاء أنفسهم في الدعوى لرعاية حقوقهم (١٥٣ م من تقنين المرافعات) . وقد قدمنا مثل ذلك في حالة ما إذا طالب الدائن أحد المدينين المتضامتين بكل الدين (انظر آنفاً فقرة ١٨٤) .

من أسباب الانقضاء أو أنه باطل لسبب من أسباب البطلان ، أو أنه لم يحل أجله أو يتحقق شرطه ، وهذه أوجه دفع مشتركة بين المدينين . ولا يجوز للمدين أن يدفع بتقص أهلية أو غلط أو تدليس أو إكراه قام بمدين آخر غيره ، فإن هذه أوجه دفع خاصة بغيره من المدينين .

وإذا مات أحد المدينين ، فإن الدين لا ينقسم على ورثته كما كان في التضامن (١) ، ويكون كل وارث مسئولاً عن الدين بأكمله . ولستنا في حاجة إلى هذا الحكم إذا طبقنا في الميراث أحكام الشريعة الإسلامية (٢) ، فإن هذه الأحكام تجعل التركة لا الورثة مسئولة عن الديون ، فيصبح الدين غير قابل للتجزئة سواء كان في أصله قابلاً أو غير قابل للانقسام (٣) .

هذا ويلاحظ أنه إذا استحال محل الالتزام غير القابل للانقسام إلى تعويض نقدي ، أصبح الالتزام قابلاً للانقسام ، وينقسم فعلاً على المدينين المتعدين ، فقد زالت العقبة التي كانت تحول دون انقسام الدين . أما في التضامن فيبقى الدين ، حتى لو استحال إلى تعويض نقدي ، غير منقسم ، وتجوز مطالبة أي مدين بكل التعويض . وإذا كان التعويض مقدراً في شرط جزائي ، فإنه ينقسم كذلك في الالتزام غير القابل للانقسام على المدينين المتعدين كما ينقسم التعويض الذي يقدره القاضي ، إلا أنه إذا كان أحد المدينين هو الذي صدر منه خطأ في الإخلال بالالتزام كان مسئولاً عن الشرط الجزائي بأكمله ، أما الباقيون فينقسم عليهم الشرط الجزائي (أنظر م ١٢٣٢ و ١٢٣٣ مدني فرنسي (٤)) .

(١) استئناف مغلط ٢١ يونيو سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٣٥٤ - ١٠ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤٥٢ - ٢٥ يناير سنة ١٩٢٨ جازيت ١٨ رقم ٨٠ ص ٩٩ .

(٢) وقد رأينا أن المشروع التمهيدى كان يشمل على نص صريح يقضى بهذا الحكم ، فعطف هذا النص في لجنة المراجعة لعدم الحاجة إليه ، إذ هو نص تمليه طبيعة الأشياء ويمكن فيه تطبيق قواعد الشريعة الإسلامية (انظر آنفاً فقرة ٢١٤ في الماش - ومع ذلك انظر آنفاً فقرة ١١٩ في الماش) .

(٣) وحتى لو قسمت الديون الموزعة على الورثة عند تصفية التركة وفقاً لأحكام المادة ٨٩٥ مدني ، فإن الدين غير القابل للانقسام لا يقسم بين الورثة ، بل يوضع في نصيب أحد الورثة فيختص به وحده نظراً لطبيعته غير القابلة للانقسام (الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ٢١٩ ص ٣١٠ هامش رقم ٢) .

(٤) أوبري ورو ٤ فقرة ٣٠١ ص ٨٠ - بلانيول وريبير وجابول ٧ فقرة ١١٠٣ ص ٤٧٩ - يهدان ولاجارد ٨ فقرة ٨٧٢ .

٢١٧ - انقضاء الالتزام غير القابل للمقاسم بغير الوفاء : ولما

كان محل الالتزام غير قابل للتجزئة كما قدمنا ، فان انقضاء الالتزام بأى سبب آخر غير الوفاء ، ولو بالنسبة إلى أحد المدينين ، يجعله متقضيّاً بالنسبة إلى المدينين الآخرين .

فاذا قام أحد المدينين بقضاء الالتزام عن طريق التجديد ، انقضى الالتزام بالنسبة إليه وبالنسبة إلى المدينين الآخرين .

وإذا وقعت مقاصة بين الدائن وأحد الدائنين ، فانقضى الالتزام بالمقاصة بالنسبة إلى هذا المدين ، انقضى أيضاً بالنسبة إلى باقى المدينين . ويستطيع أى من هؤلاء أن يدفع مطالبة الدائن له بالمقاصة التى وقعت مع المدين الأول ، وذلك فى كل الدين ، لا بمقدار حصة المدين الأول فقط كما هو الحكم فى التضامن .

وإذا انحلت ذمة الدائن بذمة أحد المدينين ، انقضى الدين كله ، لا بالنسبة إلى هذا المدين وحده ، بل أيضاً بالنسبة إلى جميع المدينين . وكان هؤلاء ، فى التضامن ، لا يحتجون باتحاد الذمة إلا بمقدار حصة من انحلت ذمته فقط .

وإذا أبرأ الدائن أحد المدينين من الالتزام غير قابل للانقسام ، برئت ذمة المدينين الآخرين ، لأن طبيعة الالتزام لا تحتل أن تبرأ منه ذمة مدين دون ذمة مدين آخر ما دام الالتزام غير قابل للتجزئة .

وكذلك إذا تقادم الدين غير المتجزئ بالنسبة إلى أحد المدينين المتعدين ، تقادم أيضاً بالنسبة إلى المدينين الآخرين . أما فى التضامن فان كلا من المدينين المتضامنين لا يحتج بالتقادم الحاصل لغيره ، إلا بمقدار حصة هذا المدين فقط (١) .

(١) قارن فى كل من المقاصة واتحاد الذمة والإبراء والتقادم الأستاذ عبد الحى حجازى ١

٢١٨ - عزم قيام نيابة تبادل بين المدينين في الالتزام غير

القابل للتقسام : ولما كانت الرابطة التي تربط ما بين المدينين المتعددین في التزام غير قابل للتقسام هي وحدة المحل غير القابل للتجزئة ، فليس يقوم بينهم ، كما يقوم في التضامن ، نيابة تبادلية ، لا فيما يضر ولا فيما ينفع . ويترتب على ذلك ما يأتي :

(١) انقطاع التقادم أو وقفه : إذا انقطع التقادم أو ووقف بالنسبة إلى أحد المدينين في التزام غير قابل للتقسام ، فان طبيعة المحل غير القابل للتجزئة تقتضي أن ينقطع التقادم أو يقف بالنسبة إلى المدينين الآخرين (١). أما في التضامن ، فلا ينقطع التقادم أو يقف كما قدمنا ، لانعدام النيابة التبادلية بين المدينين المتضامین فيما يضر .

(٢) خطأ خطأ أحد المدينين : وخطأ أحد المدينين المتعددین في التزام غير قابل للتقسام لا يتعدى أثره إلى المدينين الآخرين ، بل يقتصر على المدين الذي ارتكب الخطأ فهو وحده يكون مسئولاً عنه . وهذا الحكم إنما يترتب على أن طبيعة المحل غير القابل للتجزئة لا تقتضي أن يتعدى أثر الخطأ الصادر من أحد المدينين إلى المدينين الآخرين (٢). وهذا هو الحكم أيضاً في التضامن ، إلا أنه

(١) استئناف مختلف ١٠ مايو سنة ١٩٢٨ م ٣٩٩ ص ٤٥٢ - بودري وبارد ٢ فقرة ١٣٣٩ - بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١١٠٣ ص ٤٧٧ - بيدان ولاجار ٨ فقرة ٨٦٩ ص ٦٤٨ - دي باج ٣ فقرة ٣٥٦ ص ٢٩٤ - الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ٢٦٤ - ص ٢٦٥ (وقارن بالنسبة إلى وقف التقادم ص ٢٦٥) - قارن الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام ص ٣٠٧ هامش رقم ١ .

هذا وحتى لو قلنا بأن وقف التقادم يقتصر أثره على من قام به من المدينين سبب الوقف ، فلا مناص مع ذلك من القول بأن الدائن يرجع بكل الدين على من وقف التقادم بالنسبة إليه فلم ينتقض دية ، وهذا المدين يرجع على المدينين الآخرين الذين اكتمل التقادم بالنسبة إليهم كل بمقدار حصته (الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ٢٦٥) . فلا تبرأ إذن ذمة هؤلاء المدينين الآخرين - في رجوع المدينين بعضهم على بعض - باستكمالهم للتقادم ، مادام التقادم قد وقف بالنسبة إلى واحد منهم .

(٢) بيدان ولاجار ٨ فقرة ٨٧٥ - الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ٢٦٧ - ص ٢٦٨ .

يقوم هناك على أن النيابة التبادلية بين المدينين المتضامين لا أثر لها فيما يضر المدينين ، كما تقدم القول .

(٣) الإعذار والمطالبة القضائية : وإذا أعذر الدائن أحد المدينين المتضامين في الالتزام غير القابل للانقسام ، فإن هذا الإعذار لا يسرى في حق المدينين الآخرين ولا يعتبرون مغفرين ، إذ لا توجد نيابة تبادلية فيما بينهم ولا تقتضى طبيعة المحل غير القابل للتجزئة أن يكون إعذار أحد المدينين إعذاراً للباقيين (١) وإذا أعذر أحد المدينين في التزام غير قابل للانقسام الدائن . لم يفد هذا الإعذار المدينين الآخرين ، لانعدام النيابة التبادلية حتى فيما ينفع ، ولعدم اقتضاء طبيعة المحل غير القابل للتجزئة هذا الحكم (٢) وقد رأينا في التضامن أن أعذار الدائن لأحد للمدينين المتضامين لا يكون أعذاراً للباقيين لعدم قيام النيابة التبادلية فيما يضر ، ورأينا أن إعذار أحد المدينين المتضامين للدائن يفيد المدينين الآخرين لقيام النيابة التبادلية فيما ينفع .

ومطالبة الدائن لأحد المدينين في التزام غير قابل للانقسام مطالبة قضائية لاتضر المدينين الآخرين ولا تجعل الفوائد تسرى عليهم (٣) ، لانعدام النيابة التبادلية ، ولأن طبيعة المحل غير القابل للتجزئة لا تقتضى هذا الحكم (٤) . وقد رأينا في التضامن كذلك أن مطالبة أحد المدينين المتضامين لاتضر بالباقيين ، ولكن يرجع السبب في هذا إلى أن النيابة التبادلية في التضامن لا تقوم فيما يضر .

(٤) الصلح : وإذا صالح أحد المدينين في التزام غير قابل للانقسام الدائن ، فإن كان في الصلح إبراء من الدين ، أفاد منه المدينون الآخرون .

(١) بيدان ولا جارد ٨ فقرة ٨٧٧ — الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ٢٦٥ .

(٢) انظر عكس ذلك الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ٢٦٦ .

(٣) وإن كانت تقطع التقادم بالنسبة إلى المدينين جميعاً ، فقد قلنا أن قطع التقادم بالنسبة إلى أحد المدينين في التزام غير قابل للانقسام يعتبر قطعاً للتقادم أيضاً بالنسبة إلى باقي المدينين .

(٤) ديمولوب ٢٦ فقرة ٦٠٨ - ٦٠٩ - لوران ١٧ فقرة ٣٩١ - بودرى وبارد ٢

فقرة ١٣٣٧ ص ٤٦٠ - بلانيول وريبير وجابوله ٧ فقرة ١١٠٣ ص ٤٧٧ - ص ٤٧٨ -

انظر عكس ذلك كوليه دى سانتيير ٥ فقرة ١٠٦ مكررة ١ — الموجز للمؤلف فقرة ٥١٢

ولكن ليس ذلك لأن هناك نيابة تبادلية فيما ينفع كما هو الأمر في التضامن ، بل لأن الإبراء من الدين وهو غير قابل للتجزئة يتضمن إبراء ذمة المدينين الآخرين (١).

وإذا كان الصلح يتضمن زيادة الالتزام أو تسوئة مركز المدين ، لم يتعد أثره إلى المدينين الآخرين إلا إذا قبلوه ، لأن الصلح عقد يقتصر أثره على المتعاقدين ، ولأن طبيعة المحل غير القابل للتجزئة لا تقتضي أن يتعدى أثر الصلح إلى المدينين الآخرين . وهذا هو الحكم أيضاً في التضامن ، ولكنه مبني على انعدام النيابة التبادلية فيما يضر كما قلنا (٢).

(٥) الإقرار : وإذا أقر أحد المدينين في التزام غير قابل للانقسام ، فإن إقراره لا يتعدى أثره إلى المدينين الآخرين ، لأن الإقرار حجة قاصرة على المقر ، ولأن طبيعة المحل غير القابل للتجزئة لا تقتضي أن يسرى الإقرار في حق المدينين الآخرين . وهذا هو الحكم أيضاً في التضامن ، ولكنه مبني على انعدام النيابة التبادلية فيما يضر كما رأينا .

وإذا أقر الدائن لأحد المدينين في التزام غير قابل للانقسام ، فإن كان الإقرار غير متعلق بأمر خاص بهذا المدين بل يتناول الدين ذاته ، فإنه يسرى في حق المدينين الآخرين ، وذلك لأن طبيعة المحل غير القابل للتجزئة تقتضي ذلك (٣). وهذا هو الحكم أيضاً في التضامن ، ولكنه مبني على قيام نيابة تبادلية بين المدينين التضامنين فيما ينفع .

(٦) اليمين : وإذا وجه الدائن اليمين إلى أحد المدينين في التزام غير قابل للانقسام فحلفها ، وكان اليمين يتعلق بالدين ذاته ، فإن المدينين الآخرين يفيلون من ذلك ، ولكن ليس للسبب الذي ذكرناه في التضامن من أن هناك نيابة بين المدينين التضامنين فيما ينفع ، ولكن لأن طبيعة المحل غير القابل

(١) الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ٢٦٦ .

(٢) الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ٢٦٦ .

(٣) قارب استئناف مخطط ٨ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٢٨ .

للتجزئة تقتضى هذا الحكم . وإذا نكل المدين ، فإن نكوله يكون إقراراً ، وقد قدمنا أن الإقرار لا يتعدى أثره إلى المدينين الآخرين (١) .

وإذا وجه أحد المدينين في التزام غير قابل للانقسام الممين إلى الدائن فحلف ؛ فإن توجيه الممين لا يضر بالمدينين الآخرين لأن طبيعة المحل غير القابل للتجزئة لا تقتضى أن يضر توجيه الممين بالمدينين الآخرين ، وقد رأينا أن السبب في التضامن يرجع إلى عدم قيام النيابة التبادلية فيما يضر . وإذا نكل الدائن ، انتفع بنكوله المدينون الآخرون ، لأن طبيعة المحل غير القابل للتجزئة تقتضى ذلك ، لا لقيام نيابة تبادلية بين المدينين فيما ينفع كما هو الأمر في التضامن (٢) .

(٧) الحكم : وإذا صدر حكم على أحد المدينين في التزام غير قابل للانقسام ، وكان الحكم مبنياً على أسباب ترجع إلى الدين ذاته ، فإن أثر الحكم يسرى في حق المدينين الآخرين ، لأن طبيعة المحل غير القابل للتجزئة تقتضى ذلك . وقد رأينا في التضامن أنه إذا صدر حكم على أحد المدينين المتضامنين ، لم يحتاج بهذا الحكم على الباقيين ، وذلك راجع إلى انعدام النيابة التبادلية فيما يضر . هذا وإذا كان الحكم على المدين في الالتزام غير القابل للانقسام مبنياً على أسباب خاصة بهذا المدين ، فإن أثر الحكم لا يسرى في حق الباقيين ، إذ لا تقتضى طبيعة المحل سريانه في حقهم (٣) .

وإذا صدر الحكم لصالح أحد المدينين في التزام غير قابل للانقسام ، أمكن الباقيين أن يحتجوا به ، لأن هذا هو ما تقتضيه طبيعة المحل غير القابل للتجزئة . وهذا هو أيضاً شأن التضامن ، ولكن ذلك يرجع إلى قيام نيابة تبادلية بين المدينين فيما ينفع كما سبق القول (٤) .

(١) الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ٢٦٦ .

(٢) الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ٢٦٦ .

(٣) بلانيول وريبير وجايول ٧ فقرة ١١٠٣ ص ٤٧٨ — بيدان ولاجار ٨ ص ٨٧٨ .

(٤) ورع الاستئناف على أحد المدينين في دين غير قابل للانقسام في المياد يميز إدخال

المدينين الآخرين في هذا الاستئناف ولو بعد المياد : استئناف مختلط ١٦ مارس سنة ١٩٣٧

٤٩ م ص ١٤٦ — ٩ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٠٨ — ٢٨ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١

ص ٢١٩ . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان موضوع دعوى استرداد الحصة الميعة ما —

المطلب الثاني

علاقة الدينين بعضهم ببعض

٢١٩ - انقسام الدين على المدينين : رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ٣٠١ مدني تقضي بأن « للمدين الذي وفى بالدين حق الرجوع على الباقيين ، كل بقدر حصته ، إلا إذا تبين من الظروف غير ذلك » . ولما كان الدين الذي وفاه أحد المدينين للدائن غير قابل للانقسام فرضاً ، فإن رجوع المدين على المدينين الآخرين كل بقدر حصته لا يكون بنفس الدين ، فانه غير قابل للانقسام ، ولكن بدين شخصي مصدره الوكالة أو الفضالة كما قدمنا في التضامن . وحتى إذا رجع المدين بنفس الدين بمقتضى دعوى الحلول ، فإن الدين في علاقة المدينين بعضهم ببعض يصبح قابلاً للانقسام ، فإن استعصت طبيعته على التجزئة كان رجوع المدين بحصة في قيمة الدين لا بحصة في عينه .

٢٢٠ - تعيين حصة كل مدين : ويتبع في تعيين حصة كل مدين ، في رجوع المدين الذي وفى الدين على باقي المدينين ، القواعد التي قدمناها في التضامن . فالأصل أن حصص المدينين جميعاً متساوية ، ما لم يوجد هناك اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك .

= لا يقبل التجزئة، فإن إعلان الاستئناف الموجه من المسترد إلى البائع بعد الميعاد يكون صحيحاً متى كان المشتري قد أعلن به في الميعاد (نقض مدني ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٥ رقم ١٣ ص ٢٢ — ولم تأخذ المحكمة بهذا المبدأ في دعوى الشفعة ، لأن القانون نص في الشفعة على وجوب رفع الدعوى على الخصوم جميعاً في ميعاد معين ، واستئناف الحكم فيها على جميع الخصوم كذلك في ميعاد معين : تعليق الأستاذ محمد حامد نهدي في مجموعة عمر ٥ ص ٢٤ في الهامش) . ورفض أحد المدينين في التزام غير قابل للانقسام طعناً في الحكم يفيد الباقيين ، كما أن الحكم لأحد المدينين يفيد سائرهم : استئناف مختلط ٢٣ مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢١٢ - ٦ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٦٧ - ١٣ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٧٨ - ٩ مايو سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٨٤ - ٥ يونيو سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٣١٣ - ١٣ يونيو سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٣٢٩ - ٧ مايو سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٩٦ - ٣١ ديسمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٨٥ - ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ٣٢ - ١٤ ديسمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ٤٨ - ١١ يناير سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٩٦ .

وقد يتبين من الظروف - كما تقول العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية من المادة ٣٠١ مدني - أن أحد المدينين هو وحده صاحب المصلحة في الدين ، فيتحملة وحده . فإن كان هو الذي رجع عليه الدائن بكل الدين ، فلا رجوع له على أحد من المدينين الآخرين . وإن كان الدائن قد رجع على غيره ، فإن هذا المدين الأخير الذي وفي الدين يرجع به كله على الدائن صاحب المصلحة فيه دون أن يرجع بشيء على الباقيين . وقد تقدم تفصيل ذلك في التضامن .

٢٢١ - اعمار المدينين : كذلك إذا أعسر أحد المدينين في دين غير قابل للانقسام ، فإن المدينين الباقيين يتحمل كل منهم نصيباً في هذا الإعسار بنسبة حصته في الدين ، كما رأينا في التضامن .

فإذا كان محل الالتزام فرساً مثلاً ، وأداه للدائن أحد المدينين ، فإنه يرجع على كل مدين آخر بحصته في قيمة الفرس . فإذا كانت قيمته ستين ، وكان المدينون أربعة حصصهم متساوية ، وأدى الفرس للدائن أحد هؤلاء الأربعة ، فإنه يرجع على كل من المدينين الثلاثة الآخرين بنخسة عشر مقدار حصته في الدين . فإذا كان أحد الثلاثة معسراً ، تحمل سائر المدينين هذا الإعسار كل بنسبة حصته . فيرجع المدين الذي أدى الفرس للدائن على كل من المدينين الاثنين غير المعسرين بعشرين ، ويتحمل هو العشرين الباقية مثلهما ، ويكون الثلاثة قد اشتركوا في تحمل حصة المعسر بقدر متساو (١).

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في صدد رجوع المدين الذي وفي الدين على بقية المدينين : « أما بالنسبة لعلاقة المدينين فيما بينهم ، فينقسم الالتزام ، وفقاً للقواعد التي تقدم ذكرها بصدد التضامن ، ويشتركون جميعاً في تحمل ثبته إعسار من يعسر من بينهم . وللمدين ، إذا طوِّب بالالتزام بأسره أمام القضاء ، أن يطلب أجلاً لاغتصام سائر المدينين ، لا ليأخذ من نفسه ثبته الوفاء بالالتزام كاملاً ، بل ليحصل على حكم بشأن حقه في الرجوع على هؤلاء المدينين ، ولو كان الدين بطبيعته لا يتيسر الوفاء به إلا من هذا المدين : انظر المادة ١٢٢٥ من التقنين المدني الفرنسي والمادة ١٦٤ من المشروع الفرنسي الإيطالي . ويكون الرجوع في هذه الحالة بمقتضى الدعوى الشخصية أو بمقتضى دعوى الحلول ، كما هو الشأن في التضامن » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٠٤) .

المبحث الثاني

تعدد الدائنين في الالتزام غير القابل للانقسام

٢٢٢ - النصوص القانونية : تنص المادة ٣٠٢ من التقنين المدني على ما يأتي :

١ - إذا تعدد الدائنون في التزام غير قابل للانقسام ، أو تعدد ورثة الدائن في هذا الالتزام ، جاز لكل دائن أو وارث أن يطالب بأداء الالتزام كاملاً .
فاذا اعترض أحد الدائنين أو الورثة على ذلك ، كان المدين ملزماً بأداء الالتزام للدائنين مجتمعين أو لإبداء الشيء على الالتزام .

٢ - ويرجع الدائنون على الدائن الذي استوفى الالتزام ، كل بقدر حصته (١) .
ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكن الحكم كان معمولاً به دون نص .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٣٠٢ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٢٨٩ - وفي التقنين المدني العراقي المادة ٣٣٨ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٧٢ (٢) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٤٢٦ على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم المادة ٢١٤ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٣٠٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٠٦ - ص ١٠٨) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٣٠٢ (مطابقة) .

التقنين المدني الليبي م ٢٨٩ (مطابقة) .

التقنين المدني العراقي م ٣٣٨ (مطابقة) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٧٢ : إذا تعدد الدائنون في موجب غير قابل للتجزئة ولا تضامن بينهم ، فالمديون لا يمكن أن يدفع إلا لجميع الدائنين معاً ، وكل دائن منهم لا يمكنه أن يطلب التنفيذ إلا باسم الجميع ويخوِّض منهم . على أنه يجوز لكل دائن أن يطلب لحساب -

ونبحث هنا أيضاً، كما بحثنا في التضامن بين الدائتين ، علاقة الدائتين بالمدين
ثم علاقة الدائتين بعضهم ببعض .

المطلب الأول

علاقة الدائتين بالمدين

٢٢٣ - **المبادئ الأساسية :** في علاقة الدائتين بالمدين يراعى ، هنا
أيضاً ، أن الالتزام غير القابل للانقسام له محل واحد لا يتجزأ . ويترتب على
فكرة وحدة المحل وعدم قابليته للتجزئة ما يأتى :

أولاً - يستطيع أى دائن أن يطالب المدين بكل الدين ، فانه دين غير قابل
للتجزئة . فإذا عارض أحد الدائتين ، وجب على المدين إما الوفاء للكل مجتمعين
أو إبداء الشيء محل الالتزام على ذمة الدائتين .

ثانياً - إذا انقضى الالتزام بالنسبة إلى أحد الدائتين بسبب آخر غير الوفاء ،
فنظراً لوحدة المحل وعدم قابليته للتجزئة كان ينبغي أن ينقضى الالتزام أيضاً
بالنسبة إلى سائر الدائتين . ولكن لما كان للدائتين أن يعارضوا في استيفاء أحدهم
للدين كله ، فسرى أنه لا يجتمع عليهم بسبب الانقضاء إلا بمقدار حصة من قام به
هذا السبب على تفصيل سنورده فيما يلى .

ثالثاً - لا تقوم بين الدائتين المتعديدين في الالتزام غير القابل للانقسام نيابة
تبادلية ، كما تقوم هذه النيابة بين الدائتين المتضامنين . وإنما الذى يربط الدائتين

= المبيع لإبداء الشيء الواجب أو تسليمه إلى حارس نعيته المحكمة إذا كان ذلك الشيء غير قابل
للإبداء .

ويختلف التقنين البناني من التقنين المصرى في أن الأصل في التقنين البناني أن أحداً من
الدائتين لا يستطيع أن يمتثل باستيفاء كل الدين ، بل يجب أن يفرضه باقى الدائتين في ذلك ،
وكل ما يستطيع وحده أن يطالب بإبداء الشيء أو تسليمه إلى حارس . أما في التقنين المصرى
فيجوز لأى دائن ، ما لم يفرض عليه دائن آخر ، أن يمتثل باستيفاء الدين كله .

بعضهم ببعض هي وحدة محل الالتزام غير القابل للتجزئة . فهذا الاعتبار —
لا النيابة التبادلية — هو الذي تقف عنده .
ونتناول بالبحث كل مبدأ من هذه المبادئ الثلاثة .

٢٢٤ — انقضاء الالتزام غير القابل لتقسيم بالوفاء — أصله
أي دائن مطالبة المدين بالوفاء كله : يجوز لأي دائن من الدائنين المتعددين
في دين غير قابل للانقسام أن يطالب المدين بالدين كاملاً ، فإن الالتزام محله واحد
لا يتجزأ : فيعتبر المدين قد انشغلت ذمته به كله نحو أي دائن (م ١/٣٠٢ مدني) .
ويستطيع المدين أن يفي بالدين كله لأي دائن من الدائنين المتعددين . ومتى وفى
المدين الدين كله لأحد الدائنين ، فإن ذمته تبرأ من الدين نحو الباقيين .
ولكن يلاحظ هنا — كما هي الحال في التضامن الإيجابي — أنه يجوز لأي
دائن أن يعترض على أن يوفى المدين بكل الدين لدائن آخر . وتتبع في شكل
الاعتراض وحكمه القواعد التي أسلفناها في التضامن الإيجابي . ومتى وقع
الاعتراض صحيحاً ، فإنه يتعين على المدين ، إذا أراد أن يكون الوفاء مبرئاً لذمته
نحو كل الدائنين ، أن يفي بالدين لكل مجتمعين . فإن تعذر عليه ذلك ،
وجب أن يودع الشيء محل الالتزام على ذمتهم جميعاً ، وفقاً للإجراءات
المقررة قانوناً .

وإذا مات أحد الدائنين المتعددين في الالتزام غير القابل للانقسام ، فإن
كان عدم القابلية للانقسام يرجع إلى الاتفاق ، انقسم الدين على ورثة هذا
الدائن ، لأن عدم القابلية للانقسام إنما تقررت اتفاقاً لمصلحة الدائن ، وقد
زالت هذه المصلحة بموته فأصبح من مصلحة ورثته أن ينقسم الدين عليهم (١) .
أما إذا كان عدم القابلية للانقسام يرجع إلى طبيعة المحل ، فالدين بطبيعته يستعصى
على أن ينقسم على الورثة ، فيبقى غير قابل للانقسام بالنسبة إلى ورثة كل دائن
كما هو غير قابل للانقسام بالنسبة إلى الدائنين جميعاً . وقد نص التتقين المدني

(١) انظر في هذا المعنى : بلانيول وريبير وجابوله ٧قرة ١١٠٤ ص ٤٧٩ — بلانيول
وريبير وبولانجي ٢قرة ١٩١٣ — جوسران ٢قرة ٨٠٠ .

صراحة على عدم الانقسام بالنسبة إلى ورثة الدائن إذا تعدد الدائنون ، وأغفل النص على عدم الانقسام بالنسبة إلى ورثة المدين إذا تعدد المدينون . والسبب في ذلك أن قواعد الشريعة الإسلامية في الميراث تغني عن النص في الحالة الأخيرة كما قدمنا ، فإن تركة المدين تكون هي المسئولة عن التزامه ، فيبقى الالتزام غير قابل للانقسام حتى لو تعددت ورثة المدين . أما في الالتزام غير القابل للانقسام إذا تعدد الدائنون ، فقواعد الشريعة الإسلامية في الميراث لا تغني عن النص ، فإن هذه القواعد لا تمنع من انقسام حقوق التركة على الورثة . فإذا مات الدائن وترك ورثة متعددين ، فإن الالتزام الذي له كان من الممكن أن ينقسم على ورثته ، لولا عدم قابليته للانقسام بطبيعته . فطبيعة الالتزام هي التي منعت من انقسامه وليست قواعد الميراث ، ومن هنا وجد النص على عدم الانقسام بالنسبة إلى الورثة في حالة تعدد الدائنين ، ولم يوجد في حالة تعدد المدينين .

وبلاحظ أن الالتزام غير القابل للانقسام بطبيعته قد يوجد منذ البداية وله دائنون متعددون ، وهذا ما افترضناه حتى الآن . فإذا مات أحد هؤلاء الدائنين وترك ورثة متعددين ، بقي الالتزام غير قابل للانقسام لبالنسبة إلى كل من الدائنين الأصليين فحسب ، بل أيضاً بالنسبة إلى كل وارث من ورثة الدائن الذي مات . وقد يكون الالتزام غير القابل للانقسام بطبيعته له دائن واحد في بداية الأمر ، فلا تظهر أهمية عدم القابلية للانقسام ما دام هذا الدائن حياً ، فإن الالتزام حتى لو كان قابلاً للانقسام يكون تنفيذه غير قابل للانقسام ما دام كل من الدائن والمدين واحداً كما مر القول . لكن إذا مات هذا الدائن الواحد وترك ورثة متعددين ، ظهرت الأهمية لعدم القابلية للانقسام ، إذ لا ينقسم الالتزام على ورثة الدائن ، بل يستطيع كل وارث أن يطالب المدين بالالتزام كله ، كما يستطيع المدين أن يوفيه كله لأي وارث .

وإذا طالب أي دائن المدين في دين غير قابل للانقسام بكل الدين ، فإن المدين يستطيع أن يدفع هذه المطالبة بأوجه الدفع المشتركة بين الدائنين جميعاً ، وكذلك بأوجه الدفع الخاصة بهذا الدائن الذي يطالبه ، ولا يستطيع أن يدفع بأوجه الدفع

الخاصة بدائن آخر ، وذلك على الوجه الذى قدمناه فى التضامن الإيجابى (١) .
وإذا استحال الالتزام غير القابل للانقسام إلى تعويض نقدى ، زالت العقبة
التي كانت تحول دون انقسامه ، فينقسم فى هذه الحالة على الدائنين المتعدين كما
هى الحال فى الالتزام غير القابل للانقسام إذا تعدد المدينون فيما قدمنا ، وخلافاً
لما هى الحال فى التضامن الإيجابى فإن التعويض النقدى لا ينقسم على الدائنين
التضامنين .

٢٢٥ — انقضاء الالتزام غير القابل للانقسام بغير الوفاء :

لو كان لأى دائن فى الالتزام غير القابل للانقسام أن يطالب باستيفاء الدين
كاملاً رغم معارضة أى دائن آخر ، لوجب القول هنا — كما قلنا فى الالتزام
غير القابل للانقسام عند تعدد المدينين — أن انقضاء الدين بسبب غير الوفاء
ولو بالنسبة إلى أحد الدائنين ، يجعله منقضيّاً بالنسبة إلى الباقي . ولكننا رأينا
أنه لا يجوز لأى دائن أن يطالب باستيفاء الدين كاملاً ، إذا عارض فى ذلك
دائن آخر . ومن ثم إذا انقضى الدين بسبب غير الوفاء بالنسبة إلى أحد الدائنين ،
فإن هذا السبب لا يحتاج به على الدائنين الآخرين إذا عارضوا فيه ، إلا بقدر
حصة هذا الدائن الذى قام به سبب الانقضاء . فإذا جدد أحد الدائنين الدين ،
أو اتحدت ذمته مع المدين ، أو وقعت معه مقاصة ، أو صدر منه إبراء ، أو
اكتمل التقادم بالنسبة إليه ، فإن شيئاً من هذا لا يحتاج به على الدائنين الآخرين .
وليس للمدين أن يتمسك ضد هؤلاء الدائنين بالتجديد أو باتحاد الذمة أو بالمقاصة
أو بالإبراء أو بالتقادم ، إلا بقدر حصة الدائن الذى قام به هذا السبب . ولكن
لما كان المدين لا يستطيع إلا أن ينفى بالدين كله ، إذ الدين غير قابل للتجزئة ،
فهو إذا طالبه دائن آخر ، لا يجد بداً من أن يؤدي له الدين كله ، على أن
يرجع عليه بما يعادل حصة الدائن الذى قام به سبب الانقضاء (٢) . ثم يرجع

(١) انظر آغا فقرة ١٣٦ .

(٢) انظر بودرى وبارد ٢ فقرة ٣٣١ — بلانيول وريبير وجابوله ٧ فقرة ١١٠٤
ص ٤٨٠ — بلانيول وريبير وبولانجي ٢ فقرة ١٩١٢ — دى باج ٣ فقرة ٣٠٧ —
بولانجي فى أنسيلويدى دالوز ٢ لفظ *indivisibilité* فقرة ٢٧ — وانظر الفقرة الثانية من
المادة ١٢٢٤ من القانون المدنى الفرنسى .

المدين ، بعد ذلك ، على الدائن الذى قام به سبب الانقضاء بما حصل عليه هذا زيادة على حصته .

٢٢٦ - عزم قيام نيابة تبادلية بين الدائنين فى الالتزام غير

القابل لتقسام : فى الدين غير القابل للتقسام لا يربط الدائنين إذا تعددوا - كما لا يربط المدينين إذا تعددوا - نيابة تبادلية ، ولا يرتبطون إلا بوضع طبيعى هو عدم قابلية الدين للتقسام . ويرتب على ذلك نتائج مشابهة لتلك التى رتبناها على عدم قابلية الانقسام عند تعدد المدينين ، ونوجزها فيما يلى :

(١) انقطاع التقادم أو وقفه : إذا قطع أحد الدائنين التقادم على المدين ، أو وقف التقادم بالنسبة إلى أحد الدائنين ، انتفع بذلك سائر الدائنين ، واعتبر التقادم مقطوعاً أو موقوفاً بالنسبة إليهم (١). وهذا هو أيضاً الحكم فى التضامن الإيجابى فيما يتعلق بانقطاع التقادم ، إلا أن علة هذا الحكم فى عدم القابلية للتقسام هى طبيعة الأشياء ، لأن الالتزام غير القابل للتقسام لا يتصور أن يتقطع التقادم فيه أو يقف بالنسبة إلى دائن دون آخر. وأما علة الحكم فى التضامن الإيجابى ، فقيام النيابة التبادلية بين الدائنين المتضامين فيما ينفع .

(٢) خطأ أحد الدائنين : وإذا ارتكب أحد الدائنين خطأ استوجب مسئوليته ، فإن أثر هذا الخطأ لا يتعدى إلى غيره من الدائنين ، ذلك لأن طبيعة

= وانظر أيضاً المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٠٧ - وانظر الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ٢٧٠ - ص ٢٧٢ - وقارن : استئناف مخطط ٢٠ يناير سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٠٦ .

(١) لارومبيير ٣ م ١٢٢٥ فقرة ١١ - ديمولومب ٢٦ فقرة ٩٢٤ - لوران ١٧ فقرة ٣٩٦ - ميك ٧ فقرة ٣٦٠ - بودرى وبارد ٢ فقرة ١٣٣٢ - بلانول وريير وجابولد ٧ فقرة ١١٠٤ ص ٤٨٠ - دى باج ٣ فقرة ٣٠٧ - الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ٢٧٣ - قارن الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام ص ٨ ٣ هامش رقم ٢ .
وإذا نزل المدين من التقادم بالنسبة إلى أحد الدائنين ، انتفع الباقى بذلك (الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ٢٧٣) .

المحل غير القابل للتجزئة لا تقتضي أن يتعدى أثر الخطأ إلى دائن آخر . وهذا هو الحكم أيضاً في التضامن الإيجابي ، ويرجع إلى انعدام النيابة التبادلية فيما يضر .

(٣) الإعذار والمطالبة القضائية : وإذا أعذر أحد الدائنين المدين ، لم يكن المدين معذراً بالنسبة إلى الدائنين الآخرين ، لأن عدم القابلية للانقسام لا تقتضي ذلك حتماً (١) . أما في التضامن الإيجابي ، فقد رأينا أن إعذار أحد الدائنين للمدين يجعل المدين معذراً بالنسبة إلى الباقيين ، لقيام النيابة التبادلية فيما ينفع . وإعذار المدين لأحد الدائنين المتعديدين في دين غير قابل للانقسام لا يسرى أثره في حق الدائنين الآخرين ، لأن هذا السريان لا يقتضيه حتماً طبيعة المحل غير القابل للتجزئة . وهذا هو الحكم أيضاً في التضامن الإيجابي لسبب آخر ، هو انعدام النيابة التبادلية فيما يضر .

وإذا طالب أحد الدائنين في التزام غير قابل للانقسام المدين مطالبة قضائية ، فإن هذه المطالبة لا يسرى أثرها في حق الدائنين الآخرين (٢) . لأن مد هذا الأثر إلى هؤلاء لا تقتضيه حتماً طبيعة المحل غير القابل للتجزئة . والحكم عكس ذلك في التضامن الإيجابي ، فطالبه أحد الدائنين للمدين يسرى أثرها بالنسبة إلى باقي الدائنين ، لقيام النيابة التبادلية فيما ينفع .

(٤) الصلح : وإذا صالح المدين أحد الدائنين في دين غير قابل للانقسام ، وتضمن الصلح لإضراراً بحقوق الدائنين الآخرين ، لم يسر عليهم الصلح ، لأن هذا السريان لا تقتضيه طبيعة المحل غير القابل للتجزئة ، ولأن الصلح عقد يقتصر أثره على من كان طرفاً فيه . وهذا هو الحكم أيضاً في التضامن الإيجابي ، ولكن لسبب آخر هو انعدام النيابة التبادلية فيما يضر .

وإذا تضمن الصلح فائدة للدائنين الآخرين في دين غير قابل للانقسام ، لم ينتصوا بذلك لأنهم لم يكونوا أطرافاً في هذا الصلح ، إلا إذا كان الدائن الذي

(١) انظر عكس ذلك الأستاذ عبد الحمى حجازي ١ ص ٢٧٢ .

(٢) وإن كانت تقطع التقادم لمصلحة الدائنين جميعاً ، فقد قدمنا أنه إذا قطع أحد الدائنين التقادم انتفع بذلك سائر الدائنين .

عقد الصلح قد اشترط لمصلحتهم فتطبق قواعد الاشتراط لمصلحة الغير . أما في التضامن الإيجابي فالدائون الآخرون يفيدون من الصلح ، على أساس قيام نيابة تبادلية فيما ينفع .

(٥) الإقرار : وإذا أقر أحد الدائنين في دين غير قابل للانقسام ، فإن إقراره لا يتعدى أثره إلى سائر الدائنين ، إذ أن هذا التعدي لا تقتضيه طبيعة المحل غير القابل للتجزئة ، ولأن الإقرار حجة قاصرة على المقر . وهذا هو الحكم أيضاً في التضامن الإيجابي ، ولكن لسبب آخر هو انعدام النيابة التبادلية فيما يضر .

وإذا أقر المدين لأحد الدائنين في دين غير قابل للانقسام ، وكان الإقرار يتناول الدين ذاته ، فإن طبيعة المحل غير القابل للتجزئة تقتضي أن يتعدى أثر الإقرار إلى سائر الدائنين فينتصوا به (١) . وهذا هو الحكم أيضاً في التضامن الإيجابي ، ولكن لقيام نيابة تبادلية فيما ينفع .

(٦) اليمين : وإذا وجه أحد الدائنين في دين غير قابل للانقسام اليمين للمدين فحلفها ، لم يتعد أثر ذلك إلى سائر الدائنين ، لأن طبيعة المحل غير القابل للتجزئة لا تقتضيه . وهذا هو الحكم أيضاً في التضامن الإيجابي ، لانعدام النيابة التبادلية فيما يضر . أما إذا نكل المدين في الالتزام غير القابل للانقسام ، فإن نكوله يكون بمثابة إقرار ، فإن كان متعلقاً بالدين ذاته تعدى أثره إلى سائر الدائنين ، لأن طبيعة المحل غير القابل للتجزئة تقتضي ذلك (٢) . والنكول في التضامن الإيجابي يفيد سائر المدينين ، لقيام النيابة التبادلية فيما ينفع .

وإذا وجه المدين اليمين إلى أحد الدائنين في دين غير قابل للانقسام فحلفها ، وكانت الواقعة متعلقة بالدين ذاته ، فإن الحلف يتعدى أثره إلى سائر الدائنين ، لأن هذا هو ما تقتضيه طبيعة المحل غير القابل للتجزئة . وهذا هو أيضاً الحكم في التضامن الإيجابي ، ولكن لقيام النيابة التبادلية فيما ينفع . أما إذا نكل الدائن

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا كان المدين المحكوم عليه لصالح دائنين متعددين في دين غير قابل للانقسام قد أقر لمصلحة أحد هؤلاء الدائنين ، لم يجر له أن يستأنف الحكم بالنسبة إلى الباقي (استئناف مختلط ٨ يناير سنة ١٩٢٤ م ٢٦ ص ١٢٨) .

(٢) الأستاذ عبد الحى حجازى ١ ص ٢٧٣ .

في دين غير قابل للانقسام ، فان نكوله يكون بمثابة إقرار لا يتعدى أثره إلى سائر الدائنين ، لأن طبيعة المحل غير القابل للتجزئة لا تقتضيه ، ولأن الإقرار حجة قاصرة على المقر (١) . وهذا هو أيضاً الحكم في التضامن الإيجابي ، ولكن لانعدام النيابة التبادلية فيما يضر .

(٧) الحكم : وإذا صدر حكم على أحد الدائنين في دين غير قابل للانقسام : فان هذا الحكم يحتاج به في حق الدائنين الآخرين ، لأن طبيعة المحل غير القابل للتجزئة تقتضى ذلك (٢) . أما في التضامن الإيجابي ، فان هذا الحكم لا يمس في حق الدائنين الآخرين ، لانعدام النيابة التبادلية فيما يضر .

وإذا كان الحكم الذي صدر هو لصالح أحد الدائنين في دين غير قابل للانقسام ، فان سائر المدينين يفيدون منه ، لأن هذا هو ما تقتضيه طبيعة المحل غير القابل للتجزئة ، إلا إذا كان الحكم مبنياً على سبب خاص بالمدين الذي صدر الحكم لصالحه (٣) . وهذا هو أيضاً شأن التضامن الإيجابي ، ولكن لقيام نيابة تبادلية فيما ينفع (٤) .

المطلب الثاني

علاقة الدائنين بعضهم ببعض

٢٢٧ — انقسام الدين على الدائنين : رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ٣٠٢ مدني تقضى بأن يرجع الدائنون ، كل بقدر حصته ، على الدائن الذي استوفى الالتزام . والرجوع هنا — كالرجوع في التضامن وكالرجوع في عدم

(١) الأستاذ عبد الحى حجازي ١ ص ٢٧٢ .

(٢) انظر عكس ذلك الأستاذ عبد الحى حجازي ١ ص ٢٧٣ .

(٣) الأستاذ عبد الحى حجازي ١ ص ٢٧٤ .

(٤) ورفع أحد الدائنين في دين غير قابل للانقسام استئنافاً في المهاد يفيد سائر الدائنين ، فيسقطون الانضمام إليه ولو بعد فوات مهلة الاستئناف بالنسبة إليهم ، بل ولو بعد رضائهم بالحكم الابتدائي (بلاتول وريير وجاهول ٧ فقرة ١١٠٣ — دي باج ٣ فقرة ٣٠٨ — كولان وكاچتان ٢ فقرة ٤٣٥) .

القابلة للانقسام عند تعدد المدينين - يكون إما بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول . وإذا كان عدم القابلة للانقسام يرجع إلى طبيعة المحل فإن الدين ينقسم حصصاً بين الدائنين لا في عينه بل في قيمته .

٢٢٨ - تعيين حصص كل دائر : وتعين حصص كل دائر وفقاً للقواعد التي أسلفناها في التضامن وفي عدم القابلة للانقسام عند تعدد المدينين . فالأصل هو تساوي الحصص بين الدائنين ، إلا إذا وجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك . وقد يكون أحد الدائنين هو صاحب المصلحة وحده في الدين ، ويكون الباقون وكلاء عنه في القبض . فعند ذلك يستقل هذا الدائن بكل الدين في علاقته بالدائنين الآخرين . فان كان هو الذي استوفى الدين كله ، فلا يرجع عليه بشيء أحد من الدائنين الآخرين . وان كان غيره هو الذي استوفى الدين ، يرجع هو عليه بالدين كله دون أن يشاركه في الرجوع أحد من الدائنين الآخرين .

٢٩٩ - أعسر أحد الدائنين أو أعسر المدين : وإذا استوفى أحد الدائنين الدين كله ، ثم أعسر إعساراً جزئياً ، فإن هذا الأعسار يتحملة باقي الدائنين ، كما هو الأمر في التضامن الإيجابي فيما مر . فإذا كان الدين أربعة بين أربعة من الدائنين بحصص متساوية ، واستوفاه أحدهم ثم أعسر بحيث لا يستطيع أن يؤدي إلا نصف ديونه ، فإن كلا من الدائنين الثلاثة الآخرين يرجع على المدين المعسر بنصف حصته أي بخمسين (١) .

وكذلك يكون الحكم لو أن المدين نفسه هو الذي أعسر ، ولم يتيسر لمن طالبه من الدائنين إلا أن يستوفى منه نصف الدين وهو مائتان ، فلا يكون لكل من الدائنين الثلاثة الآخرين أن يرجعوا على هذا الدائن إلا بنصف حصتهم أي بخمسين .

(١) وبهذه أن الأعسار إذا كان كلياً ، لم يستطيع الدائنون الآخرون الرجوع بقية كل المدين المعسر .

وهذا هو نفس الحكم الذى أوردناه فى التضامن الإيجابى (١).

• • •

مقابلة ما بين التضامن وعدم القابلية للانقسام

٢٣٠ - **الموافقات والمفارقات** : نوجز هنا ، بعد أن فرغنا من الكلام

فى التضامن وعدم القابلية للانقسام ، وجوه الموافقات ووجوه المفارقات ما بين هذين النظامين .

٢٣١ - **وجوه الموافقات** : (١) فى كل من النظامين تجوز مطالبة

الدائن لأى مدين بكل الدين ، أو مطالبة أى دائن للمدين بكل الدين . كذلك يجوز أن يقر أى مدين بكل الدين للدائن ، أو أن يقر المدين بالدين لأى دائن .

(٢) فى كل من النظامين ، بعد الوفاء بالدين ، يرجع المدين الذى وفاه على باقى المدينين ، أو يرجع الدائنون الذين لم يستوفوا الدين على الدائن الذى استوفاه ، كل بقدر حصته فى الدين ، ويكون الرجوع فى جميع الأحوال بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول . وتعين حصة كل على أساس التساوى ، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك ، أو ما لم يكن أحدهم هو وحده صاحب المصلحة فى الدين . وإذا أعسر أحد منهم ، تحمل كل من الباقين نصيبه فى حصة الميسر بنسبة حصته فى الدين .

٢٣٢ - **وجوه المفارقات** : (١) التضامن الإيجابى مصدره الاتفاق ،

والتضامن السلبى مصدره الاتفاق أو القانون . أما عدم القابلية للانقسام فمصدره طبيعة المحل أو الاتفاق .

(٢) فى التضامن ، إذا انقضى الدين بسبب غير الوفاء ، فإن كلا من

المدينين الآخرين أو الدائنين الآخرين لا يستفيد أو يضار من انقضاء الدين إلا بقدر حصة المدين أو الدائن الذى قام به سبب الانقضاء . أما فى عدم القابلية للانقسام عند تعدد المدينين ، فإن كلا من المدينين الآخرين يستفيد من انقضاء الدين بمقدار الدين كله . وفى عدم القابلية للانقسام عند تعدد الدائنين ، لا يستفيد المدين من انقضاء الدين بالنسبة إلى أى من الدائنين الآخرين ، ولكنه يرجع على الدائن الذى يطالبه بوفاء الدين بما يعادل حصة الدائن الذى قام به سبب الانقضاء .

(٣) النيابة التبادلية فى التضامن قائمة فيما ينفع لا فيما يضر ، وهى غير قائمة أصلاً - لا فيما يضر ولا فيما ينفع - فى عدم القابلية للانقسام .

(٤) فى التضامن يتقسم الالتزام على الورثة ، ولا يتقسم فى عدم القابلية للانقسام .

(٥) فى التضامن ، إذا استحال الالتزام إلى تعويض قدى ،بقى غير منقسم على المدينين المتضامين أو على الدائنين المتضامين . أما فى عدم القابلية للانقسام ، فإنه يتقسم على المدينين أو على الدائنين (١).

(١) وفى الفرعين الآخرين تقول المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى : وهما يكن من أمر ما بين عدم القابلية للانقسام (السلبى) والتضامن (السلبى) من أوجه الشبه ، قصة فارقان يتمثل فيهما اختلاف هذين الوضعين : (أ) فإحدى من ناحية أن عدم القابلية للانقسام قد تكون أقوى إلزاماً من التضامن ، باعتبار أن الالتزام الذى لا يقبل القسمة لا يتقسم بين ورثة المدين . وهذه العلة يجرى المتعاملون على اشتراط التزام المدينين التزاماً تضامياً غير قابل للانقسام ، اتقاء لتجزئة الدين بين الورثة فيما لو اقتصر الأمر على النص على التضامن فحسب . ولا يمرض مثل هذا الفرض فى الشريعة الإسلامية ، لأن الدين لا ينتقل من طريق الميراث ، فيكون هذه المثابة غير قابل للانقسام ، ويستأدى بمجملته من التركة . (ب) ويراعى من ناحية أخرى أن عدم القابلية للانقسام قد تكون أضيق إلزاماً عند قيامها على طبيعة المثل ، فهى تظل قائمة ما دام هذا المثل حصياً على التجزئة بطبعه ، ولكن إذا اتفق أن استحال الالتزام إلى تعويض مالى ، زالت عدم قابلية الانقسام وانقسم مبلغ التعويض . أما المدينون المتضامنون فيظل كل منهم ، على تقيض ذلك ، ملزماً قبل الدائن بالدين بأسره ، ولو استحال الدين إلى تعويض مالى ، (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٠٥) .

وتضيف المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى فرقا غير الفروق المتقدمة فيما يأتى : « ويتمثل اختلاف عدم القابلية للانقسام (الإيجابى) من التضامن (الإيجابى) فى هذا الفرض فى الفارقين اللذين تقدمت الإشارة إليهما : (أ) فلكل وارث من ورثة الدائن أن يطالب بالدين بأسره ، ويسرى هذا الحكم فى الشريعة الإسلامية حيث ينتقل الحق من طريق -

مقابلة ما بين الدين المشترك

وعدم القابلية للانقسام عند تعدد الدائنين

٢٣٣ — من حيث المصطلح : يتفق الدين المشترك والالتزام غير القابل للانقسام في أن مصدر كل منهما هو الاتفاق أو طبيعة الأشياء . ولكن الاتفاق في الدين المشترك إنما يقع على وحدة الصفقة واشتراك الدين ، أما الاتفاق في الالتزام غير القابل للانقسام فيقع على عدم قابلية الدين للتجزئة لا على مجرد أن يكون ديناً مشتركاً بين الدائنين . وكذلك طبيعة الأشياء في الدين المشترك إنما ترجع إلى سبق الاشتراك في المال الذي نشأ عنه الدين ، ولا ترجع إلى عدم قابلية الدين للتجزئة ، فإن الدين المشترك على العكس من ذلك يكون في طبيعته قابلاً للتجزئة . أما طبيعة الأشياء في الالتزام غير القابل للانقسام ، فيرجع إلى عدم قابلية الالتزام في طبيعته للتجزئة .

٢٣٤ — من حيث الاسم - في عطف الدائنين بالدين : في الدين المشترك لا يطالب أى من الدائنين المدين إلا بحصته في الدين . ولا تقوم بين الدائنين نيابة تبادلية .

أما في الالتزام غير القابل للانقسام ، فيجوز لأى من الدائنين أن يطالب المدين بكل الدين لأنه غير قابل للتجزئة ، وذلك ما لم يمانع الدائنون الآخرون فيجب عندئذ الوفاء لم مجتمعين أو لإيداع الشيء محل الدين لزمته جميعاً . ولكن يستوى الدين المشترك مع الالتزام غير القابل للانقسام في عدم قيام نيابة تبادلية بين الدائنين .

٢٣٥ — من حيث الاسم في عطف الدائنين بعضهم ببعض : في الدين المشترك ، لكل دائن أن يرجع على من يقبض من الدائنين حصته في الدين

— للميراث . (ب) ويصبح الدين قابلاً للانقسام متى استحالت إلى تمويل نفدى . ويرأى أنه عند تعدد المدينين والدائنين قد يتصور التضامن ملياً أو إيجابياً ، أما عدم الانقسام الناشئ من طبيعة المل فلا يتصور إلا من الناحيتين معاً . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٠٧) .

بنصيبه في هذه الحصة ، وله أن يترك الحصة لمن قبضها ويطالب المدين بحصته هو . فان كان هذا معسرا ، تحمل جميع الدائنين لإعساره كل بنسبة حصته في الدين .

أما في الالتزام غير القابل للانقسام ، فان الدائن يستوفي كل الدين لعدم قابليته للتجزئة ، فيرجع عليه كل دائن آخر بحصته في الدين . فالرجوع في الالتزام غير القابل للانقسام يكون بالحصة ، أما في الدين المشترك في الحصة . ويستوى الدين المشترك مع الالتزام غير القابل للانقسام عند إعسار المدين ، ففي الحالتين يتحمل الدائنون جميعاً هذا الإعسار كل بنسبة حصته في الدين .

القِسْمُ الثَّانِي

انتقال الالتزام

(Transmission des Obligations)

تمهيد

١ - لمحة في التطور التاريخي لانتقال الالتزام

٢٣٦ - معنى انتقال الالتزام : يراد بانتقال الالتزام أن يتحول الالتزام ذاته - سواء نظر إليه باعتباره حقاً شخصياً من جهة الدائن أو نظراً إليه باعتباره التزاماً من جهة المدين - من شخص إلى آخر : من دائن إلى دائن آخر باعتباره حقاً شخصياً ، أو من مدين إلى مدين آخر باعتباره التزاماً .

ويسمى تحويل الالتزام من دائن إلى دائن آخر بحالة الحق (cession de créance) ، وتحويله من مدين إلى مدين آخر بحالة الدين (cession de dette). فانقال الالتزام إذن هو حوالة من دائن إلى دائن أو من مدين إلى مدين .

وسواء كانت الحوالة حوالة حق أو حوالة دين ، فإن الذي ينتقل بالحوالة هو الالتزام ذاته بجميع مقوماته وخصائصه : صفاته وضمائنه ودفعه .

ينتقل الالتزام بجميع صفاته : فلو كان التزاماً تجارياً ، أو كان التزاماً قابلاً للتنفيذ بأن كان مستنداً إلى حكم قضائي أو إلى سند رسمي ، أو كان التزاماً تضامنياً أو غير قابل للتقسام ، أو كان التزاماً ينتج للدائن فوائد ، أو نحو ذلك ، فإنه ينتقل إلى الدائن الآخر أو إلى المدين الآخر بهذه الصفات ذاتها .

وينتقل الالتزام بجميع ضمائنه : فلو كان التزاماً مضموناً برهن رسمي ، أو بحق اختصاص ، أو برهن حيازة ، أو بحق امتياز ، أو بكفالة شخصية ، فإنه ينتقل إلى الدائن الآخر أو إلى المدين الآخر مع التأمين الذي يضمته . غير أن الكفالة - شخصية كانت أو عينية - لا تنتقل ، فيما يتعلق بحوالة الدين ، إلا برضاء الكفيل كما سرى .

وينتقل الالتزام بجميع الدفع التي ترد عليه : فلو كان المدين يستطيع أن يدفع الالتزام بسبب من أسباب البطلان ، كانهدام الرضا أو عدم قيام المحل أو عدم مشروعية السبب أو عدم استيفاء الشكل الواجب أو نقص الأهلية

أو عيب من عيوب الإرادة من غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال ، أو كان يستطيع أن يدفع الالتزام بسبب من أسباب الانقضاء كالوفاء أو التجديد أو المقاصة أو اتحاد الذمة أو الإبراء أو التقادم ، فإن هذا المدين يستطيع أن يتمسك بهذا الدفع قبل الدائن الجديد في حوالة الحق ، كما يستطيع المدين الجديد في حوالة الدين أن يتمسك بهذا الدفع قبل الدائن .

٢٣٧ - كيف يتصور انتقال الالتزام : وانتقال الالتزام على الوجه المتقدم لا يمكن تصوره إذا كانت الفكرة في الالتزام هي الفكرة القديمة ، أى إذا كان الالتزام هو رابطة شخصية ما بين دائن ومدين . فالرابطة ، بحكم أنها تربط ما بين شخصين بالذات ، لا يتصور أن تنتقل عنها أو عن أحد منهما دون أن تنتحل . وقد كانت فكرة الرابطة الشخصية هي الفكرة السائدة في القانون الروماني ، ثم سادت بعد ذلك عصوراً طويلة في القوانين اللاتينية ، فلم يكن يمكن معها تصور انتقال الالتزام ، لا من دائن إلى دائن آخر ، ولا من مدين إلى مدين آخر .

على أن استعصاء الالتزام على الانتقال لم يثبت في هذه القوانين القديمة إلا في انتقاله فيما بين الأحياء (entre vifs) . أما انتقال الالتزام إلى الوارث بسبب الموت (mortis causa) ، فإن هذه القوانين لم تلبث أن استساغته منذ عهد طويل .

٢٣٨ - انتقال الالتزام بسبب الموت : قلنا إن القوانين ، حتى القديمة منها ، استساغت انتقال الالتزام بسبب الموت منذ زمن بعيد . فينتقل الالتزام من الدائن عند موته إلى ورثته من بعده ، ويصبح هؤلاء هم الدائتون مكانه . وكذلك ينتقل الالتزام من المدين عند موته إلى ورثته من بعده ، ويصبح هؤلاء هم المدينون مكانه . والذي ساعد على هذا التصور أن تركة المورث تنتقل كمجموع من المال (universalité) إلى الورثة ، فيشتمل هذا المجموع من المال على الالتزامات حقوقاً وديوناً . وتعتبر شخصية الوارث إنما هي استمرار لشخصية المورث ، فكان الالتزام لم ينتقل إلى شخص جديد بموت صاحبه ، بل بقى عند صاحبه ممثلاً في شخص الوارث .

هكذا كان تصور القانون الرومانى، وما زال هذا هو تصور الشرائع الغربية. والشريعة الإسلامية نفسها تنقل الالتزام باعتباره حقاً من المورث إلى الوارث، أما الالتزام باعتباره ديناً فلا تنتقله من المورث إلى الوارث، بل تبقى في تركة المورث حتى تبقى به التركة، ثم تنتقل التركة بعد سداد الديون إلى الورثة بما تشتمل عليه من أعيان وحقوق .

ومهما يكن من أمر انتقال الالتزام بسبب الموت، فإن هناك حدوداً تقيد من هذا الانتقال، أو تحور من الالتزام بعد انتقاله . فهناك التزام يتصل بشخص طرفيه اتصالاً وثيقاً بحيث لا يمكن انتزاعه عنهما، فلا ينتقل هذا الالتزام بل ينقضى بموت الدائن أو بموت المدين . من ذلك التزامات الموكل والتزامات الوكيل والتزامات الشركاء في شركات الأشخاص، فإن كلا من عقد الوكالة وعقد شركة الأشخاص يقوم على اعتبارات شخصية، بحيث أن العقد بوجه عام ينقضى بموت أحد المتعاقدين، فلا ينتقل الالتزام - حقاً كان أو ديناً - من المورث إلى الوارث . كذلك قد يتم انتقال الالتزام من المورث إلى الوارث، ولكن الانتقال يحور من الالتزام . وقد يبدو أن الالتزام يتحور في الشرائع الغربية إذا ما انتقل من المدين إلى وارثه، وقبل الوارث الميراث محتفظاً بحق التجريد (bénéfice d'inventaire)، فيفصل أموال التركة عن أموال الشخصية، ولا يكون مسئولاً عن ديون التركة إلا في المال الذى ورثه . فيصبح الالتزام، بعد أن انتقل إلى الوارث، لا يمكن التنفيذ به إلا على أموال التركة التى انتقلت إلى هذا الوارث . ولكن هذا التحوير ليس تحويراً حقيقياً، فالواقع من الأمر أن الالتزام بقى - من ناحية المال الذى يجوز التنفيذ عليه - كما كان في حياة المورث، فقد كان عندئذ لا يمكن التنفيذ به إلا على ماله، فبقى كما كان (١) . والتحوير الحقيقى في الالتزام، وإن لم يكن تحويراً في أساسه، يقع إذا تعددت الورثة . فإن الالتزام، حقاً كان أو ديناً، ينقسم على الورثة كل بنسبة حصته

(١) وفي الشريعة الإسلامية يبقى الالتزام، باعتباره ديناً، في التركة حتى يؤدى من أموالها . فالأمر لا يتم في الشرائع الغربية إلا عن طريق الاحتفاظ بحق التجريد هو الأصل الذى يعمل به في الشريعة الإسلامية .

في التركة (١) ، وهذا ما لم يكن الالتزام في أصله غير قابل للانقسام (٢) كما سبق القول .

٢٣٩ - انتقال الالتزام ما بين الأحياء : أما انتقال الالتزام بالمعنى

الذي أسلفناه ، أى انتقال الالتزام ذاته بمقوماته وخصائصه ، ما بين الأحياء ، فلم يكن معروفاً في القانون الروماني ، إذ كانت الفكرة التي تصور الالتزام رابطة شخصية تقوم حائلا دون ذلك كما قدمنا . وإذا كان قد أمكن ، في انتقال الالتزام بسبب الموت ، جعل الوارث خلفاً عاماً للمورث وتصوير هذه الخلافة العامة كأنها استمرار لشخصية المورث ، ففي انتقال الالتزام ما بين الأحياء حيث الخلافة خاصة ، لا يمكن تصوير هذه الخلافة الخاصة حال الحياة ، كما أمكن تصوير الخلافة العامة بعد الموت ، استمراراً لشخصية السلف . ذلك أنه إذا أمكن القول بأن المورث ، وقد زالت شخصيته بالموت ، يتصور استمرارها في شخص الوارث ، فانه يتعذر القول بأن السلف ، وهو لا يزال حياً ، تستمر شخصيته في شخص خلفه الخاص (٣) .

من أجل ذلك لم يكن ممكناً أن ينتقل الالتزام حال الحياة ، في القانون الروماني ، من دائن إلى دائن آخر ، أو من مدين إلى مدين آخر ، عن طريق حوالة الحق ، أو عن طريق حوالة الدين . ولم يكن ممكناً ، إذا أريد تغيير

(١) انظر في كل ذلك بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٠٦ - دي باج ٣ فقرة ٣٧٤ .

(٢) أما في الشريعة الإسلامية فقد رأينا أن الالتزام ينقسم إذا انتقل كحق إلى ورثة الدائن ، ويبقى في التركة غير منقسم إذا كان ديناً مات عنه المورث .

(٣) ويقول كولان وكابيتان إن انتقال الالتزام ما بين الأحياء كان أبداً ظهوراً في التاريخ من انتقاله بسبب الموت . وكذلك كان انتقال الحق الشخصي متأخراً في الظهور عن انتقال الحق المعنى ، وبخاصة حق الملكية . ذلك أن صاحب حق الملكية إذا أراد تحويل حقه إلى نقود فإنما يفعل ذلك غالباً عن طريق بيعه ، أى عن طريق انتقال الحق المعنى . أما الدائن في الالتزام فيحول حقه إلى نقود عادة عن طريق استيفائه ، أى عن طريق انقضاء الحق الشخصي . ويترتب على ذلك نتيجتان : (أولاهما) أن انتقال حق الملكية ظهر مبكراً في التاريخ ، ولم يظهر انتقال الحق الشخصي إلا متأخراً كثيراً عن ذلك . (والثانية) أن نظرية انقضاء الالتزام بلغت قدراً كبيراً من الأهمية ، بخلاف نظرية انقضاء الحق المعنى فليست لها أهمية تذكر (كولان وكابيتان ٢ فقرة ١٢٣ ص ٤٢٥) .

شخص الدائن ، إلا تجديد الالتزام بتغيير الدائن ، أو أريد تغيير شخص المدين ، إلا تجديد الالتزام بتغيير المدين . وفي الحالتين ، لم يكن الالتزام ذاته ، بمقوماته وخصائصه ، هو الذى ينتقل من شخص إلى شخص آخر . بل كان الالتزام الأصيل ينقضى بالتجديد ، وينشأ مكانه التزام جديد بمقومات وخصائص غير المقومات والخصائص التى كانت للالتزام الأصيل ، وفي هذا الالتزام الجديد كان يتغير شخص الدائن أو يتغير شخص المدين . على أن الرومان كانوا يلجأون إلى طريقة أخرى لتحويل الالتزام من دائن إلى دائن آخر ، دون تدخل من المدين . فكان الدائن الأصيل يوكل من يريد تحويل الالتزام إليه في قبض الدين باسمه من المدين ، وكان هذا التوكيل (Procuratio in rem suam) وسيلة يستطيع بها الوكيل أن يقبض الدين من المدين دون حاجة إلى رضائه بتحويل الدين . ولكن هذه الطريقة لم تكن مأمونة ، فان الدائن الأصيل كان يستطيع أن يعزل الوكيل قبل أن يقبض الدين (١) .

وبقي القانون الرومانى على هذه الحال ، دون أن يعرف لاحواله الحق ولا حواله الدين . وبقيت الحوالة مجهولة مدة طويلة في القانون الفرنسى القديم ، يتحايلون عليها عن طريق التوكيل بقبض الدين الذى كان القانون الرومانى يلجأ إليه ، حتى أصبح هذا الطريق مألوفاً . ومنه دخلت حوالة الحق في القانون الفرنسى القديم ، وأصبح مسلماً في هذا القانون إنه يجوز للدائن أن يحول حقه إلى دائن آخر دون حاجة إلى الحصول على رضا المدين بالحوالة ، على غرار التوكيل بالقبض الذى أصبح مفترضاً دون نص ، وهذا بالرغم من أن التجليل

(١) دى باج ٣ فقرة ٢٧٥ ص ٢٤٠ — كولان وكايبان ٢ فقرة ٦٢٢ ص ٤٢٥ . ويقول دى باج إن فكرة الالتزام في القانون الرومانى القديم هي التي تفسر استحالة انتقال الالتزام . فالالتزام في هذا القانون لا ينشأ إلا بموجب أشكال وأوضاع معينة يقوم بها كل من المدين والدائن ، ومن شأن الالتزام أن يضع المدين تحت سلطة الدائن إلى حد بعيد . فكيف يمكن أن ينتقل الالتزام من دائن إلى دائن ، ومن مدين إلى مدين ، إلا بعد الالتئام من جديد إلى هذه الأشكال والأوضاع ، وعندئذ تنحل عقدة الالتزام الأصيل ويحل محله التزام جديد ، وليست هذه بالحوالة وإنما هو التجديد (دى باج ٣ فقرة ٢٧٥ ص ٢٤٠) .
(م ٢٧ — الوسيط)

القانونى الدقيق — أو كما يقول بوتيه : *selon la subtilité du droit* (١) — يستمعى على أن ينتقل الالتزام وهو رابطة شخصية من دائن إلى دائن آخر (٢). وساعد على إمكان انتقال الالتزام من دائن إلى دائن آخر أن فكرة الالتزام باعتبارها رابطة شخصية أخذت تتطور ، وأخذ العنصر المادى فى الالتزام يبرز شيئاً فشيئاً . فأصبح من السهل أن نتصور أن الالتزام ، باعتباره قيمة مالية لا باعتباره رابطة شخصية ، وبالنسبة إلى موضوعه لا بالنسبة إلى أطرافه ، ينتقل من دائن إلى دائن آخر .

ولكن التطور فى القوانين اللاتينية وقف عند هذا الحد . ولم يصل القانون الفرنسى حتى اليوم إلى تنظيم حوالة الدين ، أى انتقال الالتزام من مدين إلى مدين آخر ، وليس هناك من سبيل إلى تغيير المدين فى الالتزام إلا عن طريق التجديد أو الإنابة فى الوفاء . ذلك أن شخصية المدين فى الالتزام أكبر خطراً من شخصية الدائن ، فعلى شخصية المدين ومقدار يساره وحسن استعداده للوفاء بدينه تتوقف قيمة الدين . فلم يكن من السهل التسليم بتحويل الالتزام من مدين إلى مدين آخر دون أن يكون الدائن طرفاً فى هذا التحويل عن طريق التجديد ، لأن الدائن يابى أن يتغير عليه المدين دون رضائه ، ويعنيه من تغيير مدينه ما لا يعنى المدين من تغيير دائنه (٣) . فبقيت القوانين اللاتينية عند هذه المرحلة من التطور لم تستكمل إلى غايته (٤) ، وذلك مع استثناء التقنين المدنى الإيطالى الجديد فقد أقر حوالة الدين عند الكلام فى الإنابة فى الوفاء (انظر المادة ١٢٧٣ من هذا التقنين) .

(١) بوتيه فى البيع فقرة ٥٥١ .

(٢) بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٦٣ ص ٨١ — ص ٨٣ — دى باج ٣ فقرة ٣٧٥ ص ٣٤٠ .

(٣) وإن كان المدين يعنيه هو أيضاً تغيير دائنه ، فن الدائنين من هو أرحب جانباً وأيسر معاملة وأقل تشدداً . ولكن الاجبارات التى تقترن بتغير الدائن أقل أهمية من تلك التى تقترن بتغير المدين .

(٤) انظر فى الاعتراضات التى توجه إلى إقرار حوالة الدين والرد عليها الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٢٦٨ — ص ٢٧١ — وسرى عند الكلام فى حوالة الدين كيف وقف تطور هذه الحوالة فى القانون الفرنسى .

أما التقنينات الجرمانية فقد سارت في التطور إلى نهاية الطريق. ومادامت فكرة الالتزام قد تطورت فأصبح الالتزام قيمة مادية أكثر منه رابطة شخصية^(١)، ومادام قد أمكن تصور انتقال الالتزام من دائن إلى دائن آخر ، فما الذي يحول دون التسليم بانتقاله من مدين إلى مدين آخر ! ومن ثم يعرف كل من التقنين المدني الألماني (م ١٤١٤ - ١٤١٩) وتقنين الالتزامات السويسري (م ١٧٥ - ١٨٣) ، إلى جانب حوالة الحق ، حوالة الدين (Schuldübernahme) (٢).

وقد تابع التقنين المدني المصري الجديد - ومعه التقنينات المدنية العربية الأخرى (٣) - هذا التطور . وبعد أن كان التقنين المدني السابق لا يعرف ، على غرار التقنين المدني الفرنسي ، إلا حوالة الحق ، أصبح التقنين المدني الجديد يعرف حوالة الحق وحوالة الدين وقد خصص لها - تحت عنوان انتقال الالتزام - الباب الرابع من الكتاب الأول في نظرية الالتزام (٤) .

(١) ويستجيب ذلك أن تنتقل هذه القيمة المادية من دائن إلى دائن دون رضا المدين ، ومن مدين إلى مدين دون رضا الدائن (في باج ٣ فقرة ٣٧٦ ص ٣٤١ - ص ٣٤٢) .
(٢) وسرى عند الكلام في حوالة الدين كيف نشأت هذه الحوالة في البلاد الجرمانية وكيف استكلت تطورها .

(٣) ويعرض تقنين الموجبات والنفوذ البنائي لانتقال الالتزام بوجه عام ، سواء بين الأحياء أو بسبب الموت ، وسواء انتقل الحق أو انتقل الدين ، فتنص المادة ٣٧٩ من هذا التقنين على ما يأتي : « تنتقل الموجبات بالوفاة أو بين الأحياء ، ما لم يكن ثمة استحالة ناشئة عن نص قانوني أو عن كون الموجب شخصاً محضاً وموضوعاً بالنظر إلى شخص المآل - وينحصر الانتقال بسبب الوفاة لقواعد الإرث بوصية أو بغير وصية - أما الانتقال بين الأحياء فمناخض لقواعد الآتية الموضوعة مع التمييز بين انتقال الموجبات منظوراً إليها من الوجهة الإيجابية (انتقال دين الدائن) وانتقال الموجبات منظوراً إليها من الوجهة السلبية (انتقال دين المدين) » .

(٤) وينحصر الأستاذ شفيق شحاته إلى أن الالتزام لا ينتقل ، في الواقع من الأمر ، من دائن إلى دائن أو من مدين إلى مدين ، بل الدائن أو المدين يستخلف شخصاً آخر - دائناً أو مديناً - على الالتزام . فهو يميز ، من ناحية التعبير ، ما بين انتقال الالتزام والاستخلاف عليه ، في الحالة الأولى ينتقل الالتزام إلى شخص جديد ، أما في الحالة الثانية فلا ينتقل الالتزام بل يستخلف شخص عليه شخصاً آخر . ويقول في هذا المعنى ما يأتي : « والواقع أن الذي وصلت إليه التشريعات الحديثة بعد تطور طويل هو إباحة الاستخلاف ما بين الأحياء في الحق الواحد ، كما يحدث تماماً عند وفاة الشخص بالنسبة إلى مجموعة حقوقه . فالدائن الجديد يخلف الدائن القديم ، وكذلك المدين الجديد يخلف المدين القديم ، في الحق الشخصي . فلا ينشأ حق جديد ، ولا ينتقل الحق القديم إلى شخص جديد ، بل إن شخصاً يحمل محل آخر في نفس الحق ، من -

٢٤٠ — انتقال الالتزام في الفقه الإسلامي : ويجدر بنا أن ننظر،

بعد هذه المعالجة التاريخية، ماذا كان موقف الفقه الإسلامي من انتقال الالتزام، وما مدى التطور الذي بلغه في هذه المسألة (١).

يعرف الفقه الإسلامي الحوالة، ومن أهم المميزات له في تنظيمها هو التفريق بين الحوالة المقيدة والحوالة المطلقة (٢). يوجد في كل من الحوالتين دائن ومدين ثم أجنبي محال عليه، وهذا الأجنبي المحال عليه هو الذي يتركز فيه التفريق بين الحوالة المقيدة والحوالة المطلقة.

فإن كان هذا الأجنبي مديناً للمدين أو كان في يده له دعيمة أو عين مفسووية،

= طريق ما يسمى خطأ في القوانين الوضعية بالحوالة (الأستاذ شفيق شحاته : حوالة الحق في قوانين البلاد العربية ص ٧). وقد يقتضى المنطق كل هذه الدقة، فلا يقال إن الالتزام انتقل من شخص قديم إلى شخص جديد، بل إن شخصاً قديماً استخلف عليه شخصاً جديداً. ويوازن سالي بين العبارتين، فيرى العبارة الثانية أدق، إذ يقول : « إن استبدال شخص بآخر، فيما يتعلق بالالتزام، هو الذي يمدل انتقال الالتزام. ولكن لفظ الاستخلاف أدق من لفظ الانتقال. فإدام الالتزام لصيقاً بالشخص، فنقله لا يمتنى إلا أن شخصاً جديداً أصبح هو صاحب الالتزام وخلف عليه من نقله. بل إن التعبير الصحيح، ليس أن يقال إن شخصاً قد استخلف على حق الغير، بل أن يقال إن شخصاً خلف شخصاً آخر فيما يتعلق بهذا الحق » (سالي : بحث في النظرية العامة للالتزام في القانون الألماني فقرة ٧٤ ص ٦٤). ومهما يكن من أمر، فما لا شك فيه أنه عندما يقال إن الالتزام انتقل من شخص إلى شخص آخر، يكون المقصود دائماً أن هذا الشخص الآخر قد خلف الشخص الأول على هذا الالتزام. فالانتقال هنا منتهى الاستخلاف، واستعمال لفظ الانتقال أيسر من الناحية العلمية. هل أن الأستاذ شفيق شحاته أجاز في مكان آخر أن يقال « إن الحق وقد كان محله الشيء انتقل إلى شخص آخر وبقي محله نفس هذا الشيء » (النظرية العامة للحق المبنى ص ١١٤ وص ١١٥ وهامش رقم ١ في ص ١١٥). ويمترض الأساتذة بلانيول وريبير وبولانجي على التمسك بهذا القدر من الدقة، ويفهون إلى أن الحق، وبخاصة حق الملكية والحق الشخصي من ناحيته الإيجابية، ينتقل فلا من شخص إلى آخر (بلانيول وريبير وبولانجي فقرة ٢٨٥٩).

(١) انظر في هذا الموضوع الدكتور صبحي الحمصاني : انتقال الالتزام في القانون المدني اللبناني — النظرية العامة للموجبات والقيود في الشريعة الإسلامية ٢ ص ٣٤١ — ص ٣٥٦.

(٢) هذا التفريق بين الحوالة المقيدة والحوالة المطلقة مذكور في نصوص المذهب الحنفي دون نصوص المذاهب الأخرى. ولكنه تفريق جوهري ينفهم الحوالة في الفقه الإسلامي في المذاهب جميعاً لا في المذهب الحنفي وحده، كما سنرى.

وأراد المدين عن طريق الحوالة الوفاء بالدين الذى فى ذمته للدائن بالحق الذى له فى ذمة الأجنبى ، فهذه هى الحوالة المقيدة (١) . وهى أقرب إلى أن تكون طريقاً من طرق الوفاء بالدين من أن تكون حوالة بالمعنى الدقيق . وتقرها المذاهب جميعاً ، على خلاف بينها فى الصياغة القانونية سنذكره فيما يلى :

أما إن كان الأجنبى غير مدين للمدين ، أو كان مديناً ولكن لم تقيد الحوالة بهذا الدين فى المذهب الحنفى ، فهذه هى الحوالة المطلقة . ويمكن فى الحوالة المطلقة . أن نتصور أن المدين يريد أن يحيل دينه على الأجنبى ، وهذه هى حوالة الدين بالمعنى الدقيق ، ولا يسلم بها الفقه الإسلامى خلافاً لما يقال عادة . وهى عنده أقرب إلى أن تكون كفالة أو تجديداً ، من أن تكون حوالة للدين . وقد قدمنا أن الكفالة فى الفقه الإسلامى هى الأصل فى التضامن ، والآن نراها الأصل أيضاً فى الحوالة . ويمكن كذلك فى الحوالة المطلقة أن نتصور أن الدائن هو الذى يريد أن يحيل حقه للأجنبى ، وهذه هى حوالة الحق بالمعنى الدقيق . وحوالة الحق أيضاً لا يسلم بها الفقه الإسلامى بوجه عام ، خلافاً لما يقال عادة . ذلك أن الحنفية والشافعية والحنابلة لا يسلمون بهذه الحوالة ، أما المالكية فيسلمون بها فى حدود معينة .

وقبل أن نفصل ما أملهنا ، يحسن أن نشير إلى خطأين شائعين ينسبان إلى الفقه الإسلامى فى خصوص الحوالة : (أولاً) ما يرد ذكره عادة فى الفقه والقضاء فى مصر على أنه حوالة الحق فى الفقه الإسلامى إنما هو حوالة الدين لحوالة الحق . (ثانياً) ليس صحيحاً أن الفقه الإسلامى عرف حوالة الدين ولم يعرف حوالة الحق ، وإلا كان هذا بدءاً فى تطور القانون . فن غير الطبيعى أن يعرف نظام قانونى حوالة الدين قبل أن يعرف حوالة الحق ، كما أنه من غير الطبيعى أن يسلم نظام قانونى بانتقال الدين بين الأحياء وهو لم يعترف بانتقاله بسبب الموت . فالفقه الإسلامى كان فى تطوره طبيعياً كسائر النظم القانونية :

(١) وفى المذهب الحنفى لا تكون الحوالة مقيدة إلا إذا قيد المدين الحوالة بالدين الذى له فى ذمة المال عليه ، فإذا كان المدين دين فى ذمة المال عليه ولم يقيد به الحوالة ، فإن الحوالة تكون مطلقة بالرغم من مديونية المال عليه للمدين .

لم يعرف حوالة الدين ، لا بسبب الموت إذ الدين لا ينتقل إلى الورثة بل يبقى في التركة حتى تقوم بسداده ، ولا بين الأحياء إلا في صورة من صور الكفالة أو التجديد . وعرف حوالة الحق ، بسبب الموت حوالة كاملة إذ الحقوق الشخصية التي للتركة تنتقل إلى الورثة ، وبين الأحياء بقيود معينة وفي مذهب واحد هو المذهب المالكي (١) .

والآن ننقل إلى تفصيل ما أجهلناه ، في غير إطالة إذ لا ينسج المقام هنا للإسهاب . وتناول حوالة الدين وهي المعنية بلفظ « الحوالة » في الفقه الإسلامي فاذا ذكرت الحوالة قصد بها حوالة الدين دون غيرها ، ثم حوالة الحق ولا يعرف الفقه الإسلامي هذا التعبير ويسمى حوالة الحق بيع الدين أو هبة الدين .

حوالة الدين : يختلف ، في حوالة الدين ، المذهب الحنفي عن المذاهب الثلاثة الأخرى . على أن التمييز بين الحوالة المطلقة والحوالة المقيدة ، وإن كان غير منصوص عليه إلا في فقه المذهب الحنفي ، لا يقل أهمية في المذاهب الثلاثة الأخرى عنه في المذهب الحنفي ، بل لعله يزيد كما سنرى .

١ - ونبدأ بالمذهب الحنفي : ففي هذا المذهب تم الحوالة المطلقة برضاء الأطراف الثلاثة ، الدائن والمدين والمحال عليه . ويجوز أن تم برضاء الدائن والمحال عليه دون المدين (٢) ، ولكن لا يرجع المحال عليه في هذه الحالة على المدين ، إذا دفع الدين للدائن ، إلا إذا كانت الحوالة بأمر المدين . أما الحوالة المقيدة فلا بد فيها من رضاء الأطراف الثلاثة . وسواء كانت الحوالة مطلقة أو مقيدة ،

(١) قارن الدكتور حسن الذنون ، وهو يقول : « والشريعة الإسلامية أقرت حوالة الدين دون حوالة الحق على رأى معظم الفقهاء » (أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ٢١٨ ص ٢٠٧) .

(٢) أما إذا اتفق المدين مع المحال عليه على الحوالة ، فإن هذا لا يمكن ، بل لا بد أيضاً من قبول الدائن ، ولا تنقذ الحوالة إلا من وقت هذا القبول دون أثر رجعي . ويشترط أيضاً لانقضاء الحوالة بلوغ المحال عليه ، لأنه يعتبر في مقام المتبرع . أما المدين والدائن فيكون فيهما التمييز لانقضاء الحوالة ، ويشترط لنفاذها الإجازة ، فإذا كان المميز هو الدائن اشترط في الإجازة أن يكون المحال عليه أكثر ملاءمة من المدين .

ويتمتع المذهب الحنفي — ومنه سائر المذاهب — في مشروعية الحوالة على حديث عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : مثل الفنى ظلم ، وإذا اتبع أحدكم على مثل فليتبع .

فإن الدائن يرجع على المحال عليه بالدين . فهل انتقل الدين إلى ذمة المحال عليه بالحوالة ؟ هنا تتضارب الآراء في المذهب الحنفى . فعند أبى حنيفة وأبى يوسف ، ينتقل الدين من ذمة المدين إلى ذمة المجلل عليه ، فلو أبرأ الدائن المحال عليه من الدين صح ذلك ولو أبرأ المدين لا يصح ، ولكن الدين يعود إلى ذمة المدين إذا توى عند المحال عليه . وعند محمد ، تنتقل المطالبة وحلها دون الدين من المدين إلى المحال عليه ، ويبقى الدين دون المطالبة في ذمة المدين . فلو أراد هذا أن يقضيه للدائن ، لا يكون متبرعاً ، لأنه لا يزال مدينأ ، ويجبر الدائن على الاستيفاء . ولو أبرأ الدائن المحال عليه ، لا يرتد الإبراء بالرد ، لأن الدائن إنما أسقط المطالبة لا الدين ، ولا يرجع المحال عليه على المدين ولو كانت الحوالة بأمره ، لأن الدائن لم يرى المحال عليه من الدين بل من مجرد المطالبة . وإذا توى الدين عند المحال عليه ، عادت المطالبة إلى المدين واجتمعت عنده مع الدين فيرجع عليه الدائن بالدين نفسه ، ولو كان الدين قد انتقل إلى المحال عليه لما كان للدائن الرجوع بنفس الدين وإنما كان يرجع بالضمآن . وعند زفر ، لا ينتقل الدين ولا المطالبة إلى ذمة المحال عليه ، بل تضم ذمة المحال عليه إلى ذمة المدين في المطالبة ، فيكون المحال عليه كغنيلا للمدين .

ثم إن الدائن إذا طالب المحال عليه بالوفاء ، وجب هنا أن نميز بين الحوالة المطلقة والحوالة المقيدة . ففي الحوالة المطلقة ، إذا دفع المحال عليه الدين للدائن ، فإنه لا يرجع على المدين إلا إذا كانت الحوالة بأمره كما قلنا ، ويرجع بالدين نفسه لا بما أدى . وهذا يدل إما على أن الدين لا يزال باقياً في ذمة المدين كما يقول محمد ، فيرجع المحال عليه به . وإما على أن الدين قد انتقل مع المطالبة إلى المحال عليه كما يقول أبو حنيفة وأبو يوسف ، فأداه المحال عليه وحل محل الدائن فيه ، فيرجع به على المدين . وإما على أن الدين والمطالبة لم ينتقلا عن المدين كما يقول زفر ، ولهذا يرجع المحال عليه بنفس الدين ، كما يرجع الكفيل في الكفالة بما كفل لا بما أدى . أما إذا توى الدين عند المحال عليه — بأن مات هذا مفلساً أو أفلس وهو حي أو جحد الحوالة ولم تكن هناك بينة — فإن الدائن يرجع على المدين بنفس الدين (١) كما سبق القول . وفي الحوالة المقيدة ينحصر

(١) ويرجع بنفس الدين لا بالضمآن، وسرى أن هذا يمكن حله على أن الحوالة تفسخ إذا-

الحق الذى للمدين فى ذمة المحال عليه لوفاء الدين المحال به (١) ، دون أن ينقل هذا الحق للدائن ، بل دون أن يكون رهناً عنده لسببين : (١) إذا أفلس المدين قبل أن يؤدى المحال عليه الدين للدائن ، فليس الدائن أحق من سائر غرماء المدين بالدين الذى خصص له وقيلت به الحوالة . وعند زفر الدائن أحق من سائر الغرماء ، لأن الدين صار له بالحوالة رهناً (٢) . (٢) ولو توى هذا الدين

= توى الدين . ولكن قد يؤخذ هذا دليلاً على صحة قول محمد من أن الدين لا ينتقل بالحوالة ، بل يبقى فى ذمة المدين ، وتعود المطالبة بالتوى فتنضم مع الدين ، ومن ثم يرجع الدائن بنفس الدين على المدين ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

(١) ونصوص المذهب الحنفى لا تشترط التساوى ما بين الدين المحال به والدين المحال عليه ، أما نصوص المذاهب الثلاثة الأخرى فتصرح بوجوب هذا التساوى كما سنرى .

وفى الحوالة المقيدة فى الفقه الحنفى يخصص الدين المحال عليه لوفاء بالدين المحال به كما يخصص مقابل الوفاء (provision) للنفع قيمة الكيالة . وقد عرف الفقه الإسلامى الكيالة فعلاً ، وسماها « السفجة » ، وبني أحكامها على أسس الحوالة .

(٢) وقد أخذت « المجلة » بقول زفر فى هذه المسألة ، إذ نصت المادة ٦٩٢ منها على ما يأتى : « ينقطع حق مطالبة المكيل بالمحال به فى الحوالة المقيدة ، وليس للمحال عليه أن يعطى المحال به للمكيل . فإن أعطاه ضمن ، وبعد الضمان يرجع على المكيل . ولو توى المكيل قبل الأداء وكانت ديونه أزيد من تركته ، فليس لسائر الغرماء حق فى المحال به » . ويقول الأستاذ سليم باز تطبيقاً على هذا النص ما يأتى : « التمييز بالمحال به . . . غير مصيب ، إذ المقصود هنا ما فى يد المحال عليه أو فى ذمته من العين والدين كما هو ظاهر . أما أن المحال له أحق من سائر الغرماء فى ذلك ، فلم يظهر لى وجهه ، مع أن عامة كتب المذهب قد صرحت بأن المحال له أسوة للغرماء ، لأن العين التى للمكيل فى يد المحال عليه والدين الذى له فى ذمته لم يصير مملوكاً للمحال بمقد الحوالة ، لا هذا وهو ظاهر ، ولا رغبة لأن الحوالة ما وضعت للملك بل للنقل ، فيكون بين الغرماء بالأسوة . أما المرتهن فملك المرهون بدأ وحسباً ، فيثبت له نوع اختصاص بالمرهون شرعاً لم يثبت لغيره ، فلا يكون لغيره أن يشاركه فيه (درر) . أما لو كانت الحوالة مطلقة ، فالمحال أسوة للغرماء عند الكل (رد مختار) . والظاهر أن جمعية المجلة لم تخالفهم إلا فى الحوالة المقيدة فقط ، ولعلها أخذت بقول زفر ، فإن المحتال عنده أحق من سائر الغرماء ، لأن الدين صار له بالحوالة كالمرتهن بالرهن بعد موت الرهن (مجمع الأنهر) » (شرح المجلة للأستاذ سليم باز م ٦٩٢ ص ٣٧٩) . ولو أخذنا برأى زفر ، يكون الدين المحال عليه رهناً فى الدين المحال به كما رأينا ، فلا تنتقل ملكية الدين المحال عليه إلى الدائن كما تنتقل فى حوالة الحق بالمعنى المقهوم فى القوانين الغربية . ومن ثم لا تكون الحوالة فى رأى زفر ، حق بالنسبة إلى الدين المحال عليه ، حوالة حق (انظر الأستاذ مصطفى الزرقا فى الحقوق المدنية جزء ٢ ص ٣٠ فى هامش — الأستاذ أميل تيان فى مقال له بمجلة كلية الحقوق ببيروت فى حوالة الدين وحوالة الحق فى الفقه الإسلامى طبعاً وعملاً — وقارن الأستاذ شفيق شحاته فى حوالة الحق فى قوانين البلاد العربية ص ٥٨ هامش رقم ٢) .

عند المحال عليه (١) ، توى على المدين لا على الدائن ، ولا يسقط في مقابله شيء من الدين المحال به (٢) . وهذان السببان يبينان أن الدين الذى قيدت به الحوالة لا ينتقل إلى الدائن ولا يكون رهناً عنده .

هذه هى جملة أحكام حوالة الدين — المطلق والمقيدة — فى المذهب الحنفى ، أوجزناها متوخين إبراز المقومات الرئيسية لهذه الحوالة فى هذا المذهب . ويبقى أن نضيف إلى ما قدمناه أن التأمينات التى كانت تكفل الدين المحال به وهو فى ذمة المدين قبل الحوالة تنقضى بالحوالة عند أبى حنيفة وأبى يوسف ، ولا تنقل لتكفل الدين فى ذمة المحال عليه (٣) . وننظر بعد ذلك فى تأصيل حوالة الدين فى

(١) أو لم يستوف الدائن لأى سبب آخر ، كأن كان ثمن مبيع فاستحق أو كان وديعة فهلك . ولكن الحوالة تبطل فى هذه الحالة ، لأن الدين الذى قيدت به يعتبر سبباً لها ، وقد انعدم قائمته .

(٢) ولو كان الدين الذى قيدت به الحوالة رهناً عند الدائن ، وتوى عند المحال عليه ، لسقط الدين المحال به بقدر ما توى من الرهن ، لأن المرهون إذا هلك سقط من الدين ما يقابله .

(٣) أما عند محمد فتبقى التأمينات على حالها تكفل الدين الباقى فى ذمة المدين ، وقد قدمنا أن الحوالة عند محمد لا تنتقل الدين وإنما تنقل المطالبة وحدها . جاء فى فتح القدير : « فعند أبى يوسف ينتقل الدين والمطالبة ، وعند محمد تنتقل المطالبة لا الدين . قال وقائده هذا الخلاف تظهر فى مسألتين : إحداهما أن الراهن إذا أحال المرتهن بالدين ، فله أن يسترد الرهن عند أبى يوسف كما لو أبرأه عنه ، وعند محمد لا يسترده كما لو أجل الدين بعد الرهن . . . » (فتح القدير جزء ٥ ص ٤٤٦) . وجاء فى البحر الرائق : « لو أحال المشتري البائع بالثمن على رجل ، لم يملك (البائع) حبس المبيع . وكذا لو أحال الراهن المرتهن ، لا يحبس (المرتهن) الرهن . ولو أحال الزوج المرأة بصدقتها ، لم يحبس نفسها » (البحر الرائق ٦ ص ٢٦٨ وما بعدها) . وجاء فى الزيلعى : « ثم اختلفوا فى البراءة ، فقال أبو يوسف يبرأ من الدين والمطالبة ، وقال محمد يبرأ من المطالبة فقط ولا يبرأ من الدين . وثمرة الخلاف تظهر فى موضعين : أحدهما . . . والثانى أن الراهن إذا أحال المرتهن بالدين على إنسان ، كان الراهن أن يسترد الرهن عند أبى يوسف كما لو أبرأه من الدين ، وعند محمد ليس له ذلك كما لو أجل الدين » (الزيلعى ص ١٧١) .

وكأن التأمينات لا تنتقل لتكفل الدين فى ذمة المحال عليه عند أبى حنيفة وأبى يوسف ، كذلك نحسب أن الدفوع أيضاً لا تنتقل . فليس المحال عليه أن يتمسك ضد الدائن بالدفوع التى كان المدين يتمسك بها ضد الدائن ، بل ولا يجوز للمحال عليه أن يتمسك ضد الدائن بالدفوع —

المذهب الحنفى ، أى فى التكليف القانونى الذى يساير المقومات الرئيسية السالفة الذكر . ونبادر إلى القول إن هذا التكليف لا يختلف باختلاف ما إذا كانت الحوالة مطلقة أو مقيدة . وسنراه فى المذاهب الثلاثة الأخرى يختلف فى الحوالة المطلقة عنه فى الحوالة المقيدة ، وهذا يؤكد ما سبق أن قررناه من أن التمييز بين الحوالة المطلقة والحوالة المقيدة قد تزيد أهميته فى المذاهب الثلاثة الأخرى عنها فى المذهب الحنفى . وإنما يختلف التكليف فى المذهب الحنفى باختلاف ما اعتبر انتقاله بالحوالة إلى المحال عليه ، هل هو الدين والمطالبة معاً ، أو المطالبة وحدها ، أو أن المحال عليه لم ينتقل إليه بالحوالة لا الدين ولا المطالبة :

(١) أما عند زفر ، حيث لا ينتقل الدين ولا المطالبة من ذمة المدين إلى ذمة

= المستند من علاقته هو بالمدين ، وهذا ما لم تكن الحوالة مقيدة وسقط الدين الذى تقيدت به أو هلكت الوديعة على النحو الذى قسمناه . فيعتبر التزام المحال عليه نحو الدائن التزاماً مجرداً ، فلا يتأثر لا بالعلاقة القائمة بين الدين والدائن ولا بالعلاقة القائمة بينه وبين الدين ، وإنما هى علاقة جديدة قامت بينه وبين الدائن مستقلة عن العلاقة السالفة الذكر . صحيح أن الدين الذى يقوم فى ذمة المحال عليه للدائن يشارك الدين الذى كان فى ذمة المدين للدائن فى صفته من حيث الحلول والتأجيل ، وقد جاء فى المادة ٨٩٦ من مرشد الخيران : « يتحول الدين على المحتال عليه بصفته التى على المحيل . فإن كان الدين على المحيل حالاً ، تكون الحوالة به على المحتال عليه حالة ، ويدفع المحتال عليه الدين المحال به محلاً . وإن كان الدين على المحيل مؤجلاً ، تكون الحوالة به على المحتال عليه مؤجلة ، ولا يلزم بالدفع إلا عند حلول الأجل . فلو مات المحيل بقاء الأجل ، وإن مات المحتال عليه صار الدين حالاً ويؤدى من التركة إن كان بها ما يبقى بأدائه ، وإلا رجع المحتال بالدين أو بما يبقى له منه على المحيل ليؤديه عند حلول الأجل » . ولكن هذا لا يفيد أن المحال عليه يتمسك بالدفع التى كان يتمسك بها المدين . فالحال عليه طبعاً أن يتمسك بالدفع المستند من عقد الحوالة ذاته إذ هو طرف فيه ، فإذا كان هذا العقد باطلاً جاز له أن يتمسك بطلانه . وله أيضاً أن يتمسك بالدفع التى يستمدّها من علاقته هو بالدائن ، فله أن يتمسك باتحاد ذمته مع الدائن ، وأن يتمسك بالمقاصة بينه وبين الدائن . أما أن يتمسك بالمقاصة بين الدائن والمدين ، فإن جاز له ذلك فإنما يحل على أنه يتمسك بدفع مستمد من عقد الحوالة . ذلك أنه إذا كان الدين المحال به قد انقضى بالمقاصة بين الدائن والمدين قبل الحوالة ، فالحوالة باطلة ، لأن من شروط انعقادها أن يكون هناك دين قائم فى ذمة المدين للدائن ، فتمسك المحال عليه بالمقاصة فى هذه الحالة إنما هو تمسك ببطلان الحوالة (قارن الدكتور صبحى المصطفى فى النظرية العامة الموجبات والعقود فى الشريعة الإسلامية ٢ ص ٣٥٥ — انتقال الالتزام فى القانون البتاني ص ٥٨) .

المحال عليه ، بل تضم ذمة المحال عليه إلى ذمة المدين في المطالبة ، فالأمر واضح ، ولا تعدو حوالة الدين أن تكون كفالة محضة كما قدمنا . فاذا حول المدين دينه حوالة مطلقة ، كان معنى هذا عند زفر أنه اتخذ من المحال عليه كفيلاً عادباً له ، وبقيت ذمته هو مشغولة بالمدين كما كانت . ويكون للدائن أن يرجع إما على المحال عليه وإما على المدين كما يشاء ، شأنه في ذلك شأن الدائن في الكفالة يرجع إما على الكفيل وإما على المدين . وإذا كانت الحوالة مقيدة ، بقي المحال عليه عند زفر كفيلاً للمدين ، وأضيف إلى ذلك أن الدين الذي تقيدت به الحوالة يصبح مرهوناً في الدين المحال به ، فيكون المدين قد قدم للدائن ضمانين : كفيلاً ورهناً . (٢) وأما عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، حيث تنتقل المطالبة والدين من ذمة المدين إلى ذمة المحال عليه ، فهذا قول ينبغي ألا يؤخذ على علته . والصحيح أن الدين الأصلي قد انقضى ، ومما يقطع في انقضائه انقضاء التأمينات التي كانت تكفله . وحل محل الدين الأصلي دين جديد في ذمة المحال عليه ، لا تنتقل إليه تأمينات الدين الأصلي كما قدمنا . وتكون حوالة الدين ، مطلقة كانت أو مقيدة ، عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، ليست إلا تجديداً بتغيير المدين ، فقد استبدل المحال عليه بالمدين الأصلي (١) . فاذا توى الدين عند المحال عليه ، فسخ التجديد ، وعاد الدين إلى ذمة المدين الأصلي (٢) .

(٣) أما عند محمد ، حيث لا ينتقل الدين إلى ذمة المحال عليه وإنما تنتقل المطالبة وحدها ، وحيث لا تنقضي التأمينات بل تبقى على حالها تكفل الدين الباقي في ذمة المدين (٢) ، فإن حوالة الدين ، مطلقة كانت أو مقيدة ، أقرب إلى

(١) وفي الحوالة المقيدة تبرأ ذمة المحال عليه نحو المدين بقدر ما أدى من الدين للدائن .
(٢) ذلك أن المدين يضمن للدائن يسار المحال عليه ، بحيث تنسخ الحوالة إذا توى الدين عنه . وهذا بخلاف المذاهب الثلاثة الأخرى ، فسرى أن المدين لا يضمن يسار المحال عليه ، إلا في مذهب مالك حيث يعتبر المدين قد غر الدائن إذا كان المحال عليه مفلساً وقت الحوالة دون أن يعلم الدائن ذلك ويعلمه المدين .

(٣) وقد قدمنا أن التأمينات ، عند محمد ، تبقى على حالها تكفل الدين الباقي في ذمة المدين ، خلافاً لأبي حنيفة ولأبي يوسف : فتح القدير ٥ ص ٤٤٦ - الزيلعي ٤ ص ١٧١ - ويقضي المنطق ، عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، بأن تعود التأمينات إذا فسخت الحوالة بالتوى وعاد الدين إلى ذمة المدين الأصلي ، ولكن لا يوجد في نصوص المنهج الحق نص صريح في هذا المعنى .

أن تكون كفالة محورة . ووجه التحوير فيها أن الدائن يرجع على المحال عليه (الكفيل) أولاً ، لأن المطالبة انتقلت إليه ولم تبق عند المدين . فإن توى الدين عند المحال عليه ، يرجع الدائن على المدين الأصلي ، إذ تعود المطالبة بالتوى إلى المدين لتتضم إلى الدين كما كانت . أما في الكفالة العادية فالدائن بالخيار إن شاء طالب المدين الأصلي أولاً وإن شاء طالب الكفيل (١) ، لأن المطالبة بقيت عند المدين وإنما ضمت فيها إلى ذمته ذمة الكفيل (٢) .

(ب) وننتقل الآن ، في حوالة الدين ، إلى المذاهب الثلاثة الأخرى ؛ المالكية والشافعية والحنابلة . وهنا يجب أن نميز ، منذ البداية ، بين الحوالة المقيدة والحوالة المطلقة . وهذا تمييز جوهري لا تصرح به نصوص هذه المذاهب ، ويرجع ذلك في الغالب إلى أن الفرق بين هاتين الحوالتين كبير إلى حد أن إحداها - وهى الحوالة المطلقة - ليست بحوالة أصلاً كما سنرى ، فلا تستحق هذه التسمية حتى لا تكون نوعاً ثانياً إلى جانب الحوالة المقيدة . وهذا يعود بنا مرة أخرى إلى تأكيد أهمية هذا التمييز في المذاهب الثلاثة .

ففي الحوالة المقيدة - أو الحوالة إطلاقاً لأن الحوالة المطلقة لا تدعى في العادة حوالة في المذاهب الثلاثة - يشترط أن يكون للمدين دين في ذمة المحال عليه معادل في الجنس ومساو في المقدار للدين المحال به ، فيوفى المدين الدين الذى في ذمته للدائن بالدين الذى له في ذمة المحال عليه . ومن ثم وجب أن يكون الدين المحال به والدين الذى تقيدت به الحوالة متساويين ، كما قلنا ، في الصفة

(١) بل إن الدائن في الكفالة العادية يطلب أن يرجع أولاً على الكفيل ، لأنه يختار عادة لكفالة الدين من هو أكثر ملاءمة من المدين الأصل ، فيكون الرجوع على الكفيل أسهل من الرجوع على المدين . وهذا الذى يقع فعلاً في الكفالة العادية يقع قانوناً في حوالة الدين . فالذى تتميز به حوالة الدين إذن هو أن المدين في الحوالة يأمن رجوع الدائن عليه قبل رجوعه على الكفيل ، فالحوالة من هذا الوجه أقرب إلى أن تكون ضماناً للمدين منها ضماناً للدائن .

(٢) أو لعل حوالة الدين ، عند محمد ، هى ضرب من الأمانة القاصرة (délégation imparfaite) ، ينبى فيها المدين المحال عليه في الوفاء بالدين من طريق نقل المطالبة إليه ، فيرجع الدائن (النائب) هنا أيضاً على المحال عليه (النائب لديه) أولاً ، فإن توى الدين منه رجح على المدين (النائب) . ويستوى في ذلك أن تكون الحوالة مطلقة أو مقيدة .

والمقدار (١) ، فان اختلفا في شيء من ذلك لم تصح الحوالة (٢) . ويشترط لانعقاد الحوالة المقيدة في المذاهب الثلاثة رضاء كل من الدائن والمدين ، أما رضاء المحال عليه فلا يشترط على الأرجح ، لأن الدائن يستوفى الدين منه كما كان يستوفيه المدين فلا يتضرر المحال عليه بذلك . بل إن رضاء الدائن عند الحنابلة لا يشترط هو أيضاً إذا كان المحال عليه مليئاً ، فيكفي إذن عديم في هذه الحالة إرادة المدين المنفردة . ومتى تمت الحوالة على هذا النحو ، برئت ذمة المدين نحو الدائن ، وبرئت ذمة المحال عليه نحو المدين ، وصار المحال عليه مديناً للدائن . ولا تنتقل تأمينات الدين المحال به بل تنقضى (٣) ، مما يقطع

(١) وهذا لا يمنع من أن يكون ما على المدين للدائن أكثر أو أقل مما على المحال عليه المدين . فان كان أكثر ، جازت حوالة جزء منه يعادل في المقدار ما على المحال عليه للمدين ، وإن كان أقل ، جازت حوالاته على جزء مما على المحال عليه للمدين معادل له في المقدار . جاء في الشرح الصغير للدردير (جزء ٢ ص ١٤٣) : « وشرط لصحتها .. تساوى الدينين ، المحال به وعليه ، قدرأ وصفة . فلا تصح حوالة بعشرة على أكثر منها ولا أقل ، ولا بعشرة معدية على عشرة يزيدية ولا عكسه . فليس المراد بالتساوى أن يكون ما على المحيل مثل ما على المحال عليه قدرأ وصفة ، لأنه يجوز أن يحيل بعشرة على عشرة من عشرين على غريمه ، وأن يحيل بخمسة من عشرة على خمسة على غريمه » .

(٢) وتصرح المالكية بأن الحوالة ، في حالة تساوى الدينين ، هي « إحالة الدين ، وليست بيع للدين بالدين . قال ابن جزى : « والشرط الثاني أن يكون الدين المحال به مساوياً للمحال فيه في الصفة والمقدار ، فلا يجوز أن يكون أحدهما أقل أو أكثر ، أو أدنى أو أعلى ، لأنه يخرج من الأحالة إلى البيع ، فيدخله الدين بالدين » (القوانين الفقهية ص ٣٢٧) . أما عند الشافعية فالحوالة هي بيع دين بدين . جاء في المذهب : « لا تجوز الحوالة إلا على دين يجوز بيعه .. لأن الحوالة بيع في الحقيقة ، لأن المحتال يبيع ماله في ذمة المحيل بما له في ذمة المحال عليه ، والمحيل يبيع ماله في ذمة المحال عليه بما عليه من الدين ، فلا تجوز إلا فيما يجوز بيعه » (المذهب جزء أول ص ٣٣٧) .

(٣) جاء في أسنى المطالب شرح روض الطالب (جزء ٣ ص ٢٣٢) : « لا يعتبر اتفاقهما في الرهن ولا الضمان ، بل لو أحاله بدين أو على دين به رهن أو ضمان ، انفك الرهن وبرى الضمان ، لأن الحوالة كالقبض بدليل سقوط حبس المبيع والزوجة فيما إذا أحال المشتري بالتمن والزوج بالصداق . ويفارق المحتال الوارث في نظيره من ذلك ، لأن الوارث خليفة موته فيما ثبت له من الحقوق » . وجاء في حاشية الشرقاوى على شرح التحرير (جزء ٢ ص ٢٦) . « فلو كان في أحد الدينين توثق برهن أو ضمان ، لم يؤثر ولم ينتقل الدين بصفة التوثق . بل يسقط التوثق ، لأن الحوالة كالقبض بدليل سقوط حبس المبيع والزوجة فيما إذا أحال المشتري بالتمن والزوج بالصداق » . وجاء في نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج (جزء ٣ ص ٣٩٤) : « إن -

في أن هذا الدين قد انقضى ، فليس هو الذى قام في ذمة المحال عليه للدائن . كذلك لا ينتقل إلى الدائن الحق الذى كان للمدين في ذمة المحال عليه للأسباب الآتية :
(١) لا تنتقل أيضاً تأييدات هذا الحق لتكفل الحق الذى قام للدائن في ذمة المحال عليه (١) . (٢) لو كان حق المدين في ذمة المحال عليه قد انتقل إلى الدائن ، فقد كان ينبغي أن يكون للمحال عليه أن يدفع مطالبة الدائن بالدفع التى كان يدفع بها مطالبة المدين ، دون الدفع المستمدة من علاقة المديونية ما بين المدين والدائن ، ولكن في بعض النصوص ما يصرح بعكس ذلك (٢) . (٣) ولو كان هذا الحق

= أطلق الحوالة ولم يتعرض لتعلق حقه بالرهن ، فينبغي أن تصح وجهاً واحداً ويمتلك الرهن ، كما إذا كان له به ضمان فأحال عليه به من له دين لا ضمان به صحت الحوالة وبرى الضامن ، لأنها معاوضة أو استيفاء وكل منهما يقتضى برائة الأصل فكذلك يقتضى فك الرهن . فان شرط بقاء الرهن ، فهو شرط فاسد تبطل به الحوالة إن قارنها .

(١) جاء في الفرد البنية شرح الهبة الوردية (جزء ٣ ص ١٤٤ وما بعدها) : « لو أحاله على دين به رهن أو ضمان ، انفك الرهن وبرى الضامن ، لأن الحوالة كالقبض » . انظر أيضاً ما قدمناه من النصوص : أسنى المطالب شرح روض الطالب جزء ٣ ص ٢٢٢ — حاشية الشرحاوى على شرح التحرير جزء ٢ ص ٢٦ — نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج جزء ٣ ص ٢٩٤ .

(٢) أما أنه ليس للمحال عليه أن يدفع مطالبة الدائن بالدفع التى كان يدفع بها مطالبة المدين ما لم يكن الدين الذى في ذمته للمدين غير موجود أصلاً ، فقد جاء في المهذب (جزء أول ص ٣٣٨ ص ٣٢٩) : « وإن أحال البائع رجلاً على المشتري بالآلف ، ثم رد المشتري المبيع بعيب ، ثم تبطل الحوالة وجهاً واحداً ، لأنه تعلق بالحوالة حق غير المتعاقدين وهو الأجنبي المحتال فلم يجوز إبطالها . وإن أحال البائع على المشتري رجلاً بالآلف ، ثم اتفقا على أن العبد كان حراً ، فإن كذبهما المحتال لم تبطل الحوالة ... فإن أقاما على ذلك بيئة لم تسمع ، لأنهما كذبا البيئة بدخولها في البيع . وإن صدقهما المحتال بطلت الحوالة ، لأنه ثبتت الحرية وسقط الثمن فبطلت الحوالة » - وهناك خلاف فيما إذا كان يجوز للمحال عليه أن يدفع مطالبة الدائن بالدفع المستمدة من علاقة المديونية ما بين الدائن والمدين ، فقد جاء في المهذب : « وإذا اشترى رجل من رجل شيئاً بالآلف وأحال المشتري البائع على رجل بالآلف ، ثم وجد بالبائع عيباً فرده ، فقد اختلف أصحابنا فيه فقال أبو على الطبري لا تبطل الحوالة فيطالب البائع المحال عليه بالمال ، ويرجع المشتري على البائع بالثمن ، لأنه تصرف في أحد عوضي البيع فلا يبطل بالرد بالعيب ، كما لو اشترى عبداً بثوب وقبضه وباعه ثم وجد البائع بالثوب عيباً فرده . وقال أبو اسحق تبطل الحوالة . فلا يجوز للبائع مطالبة المحال عليه ، لأن الحوالة وقعت بالثمن ، فإذا فسخ البيع خرج المحال به عن أن يكون مئناً ، فإذا خرج عن أن يكون مئناً ولم يتعلق به حق غيرها وجب أن تبطل الحوالة ... ويخالف هذا إذا اشترى عبداً وقبضه وباعه ، لأن العبد تعلق به حق غير المتبايعين وهو المشتري الثاني فلم يمكن إبطاله ، والحوالة لم يتعلق بها حق غيرها فوجب إبطالها » (المهذب جزء أول ص ٣٣٨)

قد انتقل إلى الدائن ، وكان المحال عليه معسراً وقت الحوالة أو أعسر بعد ذلك ، فقد كان ينبغى أن يرجع الدائن على المدين بالضمان ، ولكن الظاهر من النصوص أن المدين لا يضمن إعسار المحال عليه (١) . (٤) ولو كان مقدراً لهذا الحق أن ينتقل إلى الدائن ، ولكن لم يتمكن المدين من نقله ، كأن كان الحق ثمناً لمبيع استحق أو كان وديعة فهلكت ، فقد كان ينبغى أن يعتبر الدائن غير مستوف لدينه أو أن الحق لم ينتقل إليه ، فيبقى للدائن دينه في ذمة المدين ، ولكن هذا الحكم لا يظهر في وضوح من النصوص .

ويستوقف النظر على كل حال أن الحوالة ، في المذاهب الثلاثة ، لا تكون إلا حيث يكون المدين دائناً في الوقت ذاته للمحال عليه بمنحس ماعليه وبمقداره (٢) .

(١) جاء في القوانين الفقهية لابن جزي : « فإذا وقعت الإحالة ، برئت بها ذمة المحيل من الدين الذي كان عليه للمحال ، وانتقل إلى طلب المحال عليه . ولا رجوع للمحال على المحيل إن أفلس المحال عليه أو أنكر ، إلا أن يكون المحيل قد غر المحال لكونه يعلم فليس المحال عليه أو بطلان حقه قبله ولم يعلم المحال بذلك . وقال الشافعي لا يرجع على المحيل ، غره أو لم يفره » (القوانين الفقهية ص ٣٢٧) . وجاء في المذهب : « إذا أحال بالدين ، انتقل الحق إلى المحال عليه ورثت ذمة المحيل ، لأن الحوالة إما أن تكون تحويل حق أو بيع حق ، وأيهما كان وجب أن تبرأ به ذمة المحيل . وإن أحاله على ماله فأفلس أو جحد الحق وحلف عليه ، لم يرجع إلى المحيل ، لأنه انتقل حقه إلى ماله ملك يمينه ، فسقط حقه من الرجوع ، كما لو أخذ بالدين سلمة ثم تلفت بعد القبض . وإن أحاله على رجل بشرط أنه ماله فبان أنه معسر ، فقد ذكر المزي أنه لا خيار له ، وأنكر أبو العباس هذا وقال له الخيار لأنه غره بالشرط ثبت له الخيار ، كما لو باعه عبداً بشرط أنه كاتب ثم بان أنه ليس بكاتب . وقال عامة أصحابنا لا خيار له ، لأن الإحصار نقص ، فلو ثبت به الخيار لثبت من غير شرط كالعيب في المبيع ، وبخالف الكتابة فإن عدم الكتابة ليس بنقص وإنما هو عدم فضيلة ، فاختلف الأمر فيه بين أن يشترط وبين ألا يشترط » (المذهب جزء أول ص ٣٣٨) . وجاء في الأم للشافعي (جزء ٢ ص ٢٠٣) : « أخبرنا الربيع بن سليمان قال أخبرنا الشافعي إمامنا قال : والقول عندنا والله تعالى أعلم ما قال مالك بن أنس أن الرجل إذا أحال على الرجل بحق له ، ثم أفلس المحال عليه أو مات ، لم يرجع المحال على المحيل أبداً » . وجاء في المفتي : « فإذا اجتمعت شروط الحوالة وصحت ، برئت ذمة المحيل في قول عامة الفقهاء .. إذا ثبت أن الحق انتقل . فحق رضي بها المحتال ولم يشترط اليسار ، لم يعد الحق إلى المحيل أبداً ، سواء أمكن استيفاء الحق أم تعذر لمطل أو فليس أو غير ذلك » (المفتي ص ٥٨) .

(٢) بل إن الفقه المالكي يشترط فوق ذلك أن يكون الدين المحال به حالا ، فإذا لم يكن حالا وجب على الأقل أن يكون الدين المحال عليه حالا وأن يقبضه المحال قبل التفرق ، وفي هذا

أليس من البديهي أن يقال في هذه الحالة إن الدين إنما يوفى، عن طريق ما يسمى بالحالة، الدين الذي عليه للدائن بالحق الذي له في ذمة المحال عليه؟ فهو بدلا من أن يستوفى حقه من المحال عليه، ثم يوفى بهذا الحق الذي استوفاه الدين الذي عليه للدائن، يختصر هاتين العمليتين في عملية واحدة، فيقضى الدين الذي عليه بالحق الذي له، دون أن يستوفى شيئا من مدينه أو يوفى شيئا لدائنه، بل يقتصر على أن يحيل دائنائه على مدينه؛ هذا هو الظاهر الواضح. ولكن على أى أساس أجرى المدين كل ذلك؟ لا زرى أن المدين حول على مدينه الدين الذي في ذمته للدائن، لأن تأمينات هذا الدين لا تنتقل بل تنقضى كما قدمنا. وإنما هو وفى لدائنه ما عليه من الدين من طريق التجديد بتغيير المدين، فانقضى الدين الأصلي، وحل محله دين جديد استبدل فيه بنفسه المحال عليه، ومن ثم لم تنتقل التأمينات إلى هذا الدين الجديد. ولا زرى أن المدين حول لدائنه الحق الذي له في ذمة المحال عليه، لأن تأمينات هذا الحق لا تنتقل بل تنقضى كما قدمنا، وهذا إلى الأسباب الأخرى التي سبق ذكرها والتي تدعو إلى القول بأن هذا الحق لم ينتقل. وإنما هو استوفى من المحال عليه حقه هذا عن طريق التجديد بتغيير الدائن، فانقضى الحق الأصلي، وحل محله حق جديد استبدل فيه بنفسه الدائن، ومن ثم لم تنتقل التأمينات إلى هذا الحق الجديد. فهو باعتباره مدينا قد استبدل بنفسه مدينه، وهو باعتباره دائنا قد استبدل بنفسه دائنه. وخرج على هذا النحو عن المديونية والدائنية، فأسقط كلا من الدين والحق. وأنشأ التزاما جديدا، إذ وضع مدينه مكانه تجاه دائنه، كما وضع دائنه مكانه تجاه مدينه، واستطاع بهذا أن يصل بين مدينه ودائنه، فيجعل الأول هو المدين للثاني في هذا الالتزام الجديد (١).

— ما يبرز في وضوح أن الحوالة ليست إلا وفاء دين بدين. جاء في الشرح الكبير للرددير (جزء ٣ ص ٢٢٦ وما بعدها) : « شرط صحة الحوالة ... حلول الدين المحال به، وهو الذي على المحيل لأنه إذا لم يكن حالا أدى إلى تمير ذمة بذمة فيؤدى إلى بيع الدين بالدين ... إلا أن يكون المحال عليه حالا ويقبضه قبل أن يتفرقا مثل الصرف فيجوز ».

(١) وما يؤيد أن الدين الذي قام في ذمة المحال عليه للدائن ليس هو نفس الدين الذي كان في ذمة المدين للدائن بل هو نظيره أى التزام جديد معادل له، ما جاء في كشف القناع محل ألفاظ أبي شجاع (جزء ٢ ص ٤٨) : « وتبرأ بالحوالة الصحيحة ذمة المحيل عن دين المحتال، ويسقط دينه عن المحال عليه. ويلزم دين محال محالا عليه أى يصير نظيره في ذمة ».

فالحوالة المقيدة في المذاهب الثلاثة هي إذن : في نظرنا : وفاء دين بحق ، عن طريق إسقاط كل من الدين والحق . وإنشاء التزام جديد يستوفى به المدين الحق وينبى بالدين . فتنتهى إلى تجديد بتغيير الدائن بالنسبة إلى استيفاء الحق ، وإلى تجديد بتغيير المدين بالنسبة إلى الوفاء بالدين .

أما ما يمكن أن نسميه بالحوالة المطلقة في المذاهب الثلاثة ، حيث لا يكون للمدين دين في ذمة المحال عليه ، فهذه ليست حوالة أصلاً ، حتى بالاسم ، فقد رأينا أن المذاهب الثلاثة لا تسميها حوالة . فاذا حول المدين دائنه على أجنبي غير مدين له ، فهو إنما يجعل من هذا الأجنبي كفيلاً له . فالحوالة هنا كفالة محضة لا تخوير فيها ، أو هي حمالة كما تقول المالكية (١) . ولا بد من رضا الدائن والمدين والمحال عليه جميعاً بهذه الحوالة . فاذا انعقدت ، اعتبر المحال عليه كفيلاً للمدين ، وكان الدائن بالخيار إن شاء طالب المدين وإن شاء طالب المحال عليه ، ولا يتعين أن يطالب المحال عليه أولاً كما يتعين ذلك في المذهب الحنفى فيما دعونه بالكفالة المحورة (٢) .

= ويخلص من كل ذلك أن حوالة الدين في الفقه الإسلامى تدخل في منطقة الوفاء بالدين لا في منطقة يمينه أو انتقاله . ويقول ابن القيم نقلاً عن ابن تيمية في هذا المعنى : « إن الحوالة من جنس الوفاء الحق لا من جنس البيع ، فإن صاحب الحق إذا استوفى من المدين ماله كان هذا استيفاء ، فإذا أحاله على غيره كان قد استوفى ذلك الدين عن الدين الذى في ذمة المحيل ... ووفاء الدين ليس هو البيع الخاص وإن كان فيه شوب المعاوضة » (إعلام الموقعين ١ ص ٣٤١) .

(١) يؤيد ذلك التصور الآتية : جاء في الخطاب (جزء ٥ ص ٩١) : « قال في المدونة وإذا أحالك على من ليس قبله دين ، فليست حوالة وهي حمالة » . وجاء في الخرشى (جزء ٦ ص ١٧) : « ومن شروطها ثبوت دين للمحيل في ذمة المحال عليه ، وإلا كانت حمالة عند الجمهور » . وجاء في المذهب (جزء أول ص ٣٣٧) : « ولا تجوز الحوالة إلا على من له عليه دين ، لأننا بينا أن الحوالة بيع ما في الذمة بما في الذمة ، فاذا أحال على من لا دين له عليه كان بيع معلوم فلم تصح . ومن أصحابنا من قال تصح إذا رضى المحال عليه ، لأنه تحمل دين يصح إذا كان عليه مثله فيصح وأن لم يكن عليه مثله كالضمان . فعل هذا يطالب المحيل بتخليصه ، كما يطالب الضامن المضمون عنه بتخليصه . فإن قضاء يادنه رجع على المحيل ، وإن قضاء بغيره إذنه لم يرجع » .

(٢) ويخلص من ذلك أن الحوالة المطلقة في المذاهب الثلاثة تختلف في طبيعتها عن الحوالة المقيدة ، فالأولى كفالة محضة ، والثانية تجديد بتغيير المدين وتجديد بتغيير الدائن . أما في المذهب الحنفى فالحوالة المطلقة لا تختلف في طبيعتها عن الحوالة المقيدة ، كلتاها إما تجديد بتغيير = (م ٢٨ - الوسيط)

حوالة الحق : رأينا في حوالة الدين أن المذهب الحنفى يتميز عن المذاهب الثلاثة الأخرى . أما هنا ، في حوالة الحق ، فالمذهب المالكي هو الذى يتميز عن المذاهب الثلاثة الأخرى ، الحنفية والشافعية والحنابلة .

(١) فتبدأ بالمذهب المالكي : والظاهر أن هذا المذهب يقر حوالة الحق فيما يسميه بهية الدين وبيع الدين . ويشترط لانعقاد هبة الدين من غير المدين - وهى حوالة حق عن طريق التبرع - ما يشترط لانعقاد الهبة بوجه عام . فيشترط إذن القبض ، ويتم بالإشهاد أو بتسليم سند الدين أو « ذكر الحق » كما يقول مالك (١) . ويشترط لانعقاد بيع الدين من غير المدين - وهو حوالة حق عن طريق المعاوضة - ما يشترط لانعقاد البيع بوجه عام . ويشترط إلى جانب ذلك شروط أخرى . منها إقرار من عليه الدين بحق الدائن ، فلا يجوز بيع حق متنازع فيه . ومنها التعجيل بالثمن ، وأن يكون الدين المبيع غير طعام ، وأن يكون الثمن من غير جنس المبيع ، وأن يقع البيع لغير خصم المدين حتى لا يكون في البيع إعانات للمدين بتمكين خصمه منه (٢) . ولا تنتقل التأمينات التى كانت

= المدين إذا قلنا بانتقال المطالبة والدين جميعاً ، وإما كفالة محورة إذا قلنا بانتقال المطالبة وحدها دون الدين ، وإما كفالة محضة . إذا قلنا بدم انتقال أى من الدين والمطالبة . وإنما يزيد الحوالة المقيدة على الحوالة المطلقة ، في المذهب الحنفى ، بوجود دين في ذمة المحال عليه المدين يخصص لوفاء الدين المحال به على قول الأئمة الثلاثة ، أو يكون مرهوناً فيه على قول زفر .

(١) وقد جاء في المدونة : « قلت رأيت أن وهبت لرجل ديناً لى عليه كيف يكون قبضه ، قال إذا قال قد قبلت فذلك جائز له ، وهذا قبض لأن الدين عليه ، وهذا قول مالك ، وإذا قبل سقط . قلت فإن وهبت لرجل ديناً على رجل آخر ، قال قال مالك إذا أشهد له ، وجمع بينه وبين غريمه ، ودفع إليه ذكر الحق ، فهو قد قبض . قلت فإن لم يكن كتب عليه ذكر حق كيف يصنع ، قال إذا أشهد له وأحاله عليه فهذا قبض في قول مالك . قلت فإن كان الغرم غائباً ، فوهب لرجل ماله على غريمه وأشهد له بذلك ودفع إليه ذكر الحق وأحاله عليه ، أ يكون هذا قبضاً في قول مالك ، قال نعم . قلت رأيت الدين إذا كان على الرجل وهو بأفريقية وأنا بالفسطاط ، فوهبت ذلك الدين الذى لى بأفريقية لرجل معى بالفسطاط ، وأشهدت له ، وقبل ، أ ترى ذلك جائزاً ، قال نعم . قلت لم أجزته في قول مالك ، قال لأن الدين هكذا تقبض ، وليس هو شيئاً يمينه يقبض ، إنما هو دين على رجل فقبضه أن يشهد له ويقبل الموهوب له الهبة » (المدونة الكبرى جزء ١٥ ص ١٢٦ - ١٢٧) .

(٢) وقد جاء في شرح التاوى للتحفة : « وإنما يجوز بيع الدين لغير من هو عليه ، مع حضور المدين وإقراره وإن كان عليه بينة ، لأنه قد يظن فيها أو يدعى القضاء فيكون من شراء

الحق من رهن أو كفالة ، إلا بالشرط وباقرار الكفيل بالكفالة وإن كان لا يشترط رضاؤه بالحوالة (١) .

(ب) وننتقل الآن ، في حوالة الحق ، إلى المذاهب الثلاثة الأخرى ، الحنفية والشافعية والحنابلة . فهذه المذاهب جميعاً لا تقر حوالة الحق ، ولا تجيز بيع الدين

— ما فيه خصومة وهو ممنوع على المشهور . وأجاز ابن القاسم في سماع موسى بن معاوية شراء الدين على الغائب ... مع تمجيل الثمن وإلا كان من بيع الدين بالدين ، وكونه ليس طعام من يبيع فإن كان الدين طعام من يبيع لم يجوز لما تقدم من منع بيع طعام المعاوضة قبل قبضة . وبمه بنذر جنس مرمي : فإن بيع بمنه لم يجوز ، لأن الشأن في الدين أن يباع بأقل فيكون سلفاً بمنفعة . وسادس الشروط ألا يكون المشتري عدواً للمدين يقصد بالشراء إبعاده ، وإلا رد البيع وفسخ (التاودي على التحفة ٢ ص ٤٧) .

ونرى من هذا النص إنه لا يشترط لجواز بيع الدين لغير من هو عليه رضا المدين ، ولكن يجب مع ذلك توافر الشروط الآتية : (١) ألا يكون الدين حقاً متنازعاً فيه ، لأن شراء ما فيه خصومة ممنوع . (٢) ألا يكون الدين طعاماً في ذمة المدين ، لأن بيع الطعام قبل قبضه ممنوع . (٣) ألا يكون الثمن من جنس الدين ، إذ المشتري يشتري الدين المؤجل عادة بأقل من قيمته فيكون سلفاً بمنفعة ويدخله الربا . (٤) أن يعجل الثمن ، وإلا كان من بيع الدين بالدين وهذا غير جائز . (٥) ألا يكون المشتري خصماً للمدين ، وإلا كان في هذا إعانة للمدين بتسليط خصمه عليه . (انظر في ذلك أيضاً المدونة للكبرى ٩ ص ١٢٨ — ص ١٣٠) . ويبدو أن بيع الدين من غير المدين في المذهب المالكي ، بالشروط المتقدمة الذكر ، أقرب إلى أن يكون وفاء مع الحلول أو وفاء للمدين بمقابل صادر من غير المدين . فالأجنبي يتقدم إلى الدائن ويوفيه دينه أو يوفيه مقابلاً من غير جنس الدين ، ويرجع بالدين على المدين . ولو كان هذا بيعاً لأمكن تأجيل الثمن . فن المسلم أن البيع يجوز تأجيل الثمن فيه ، ولأمكن الأجنبي ، بدلاً من الوفاء بالدين أو بمقابل الدين في الحال ، وهذا هو التجيل بالثمن ، أن يبقيه ديناً في ذمة . ولكن المقطوع به في مذهب مالك أنه لا يجوز بيع الدين من غير المدين بشئ مؤجل .

(١) وقد جاء في شرح التاودي للتحفة : « وإذا بيع الدين أو وهب أو تصدق به ، وكان فيه رهن أو حصيل ، لم يدخل واحد منهما إلا بالشرط ، مع حضور الحصيل وإقراره بالهالة ، وإن لم يرض بالتحمل لمن ملكه . (تنبيه) من يبيع الدين المسألة الملقبة عنه العامة بقلب الرهن ، وهي أن يكون بيد الإنسان رهن في دين مؤجل ، ويحتاج إلى دينه فيبيع بما يباع به . ويحل المشتري للدين محل بائنه في حوز الرهن ، والمنفعة إن كانت المنفعة جعلت له ، والبيع للرهن بالتفويض الذي جعل للبائع المرتهن ، وغير ذلك . ويكتب في ظهر وثيقة الدين أو في طرفها . فلن سكتاً عن الرهن يدخل ، وإن اختلفا في اشتراطه حلها وفسخ . وحيث دخل فللراهن جعله تحت يد أمين إن لم تشترط منفعة أو اشتطت ولحقه ضرر ، وألا فلا كلام له » (التاودي على التحفة ٢ ص ٤٨) .

الإيمان عليه الدين ، لأن الدين غير مقدور التسليم إلا للمدين نفسه (١) . على أن في المذهب الحنفي حيلة تحقق كثيراً من الأغراض التي يراد الوصول إليها من وراء حوالة الحق (٢) .

ويخلص من كل ذلك أن الفقه الإسلامي لم يقر حوالة الدين بالمعنى المفهوم في الفقه الغربي في أى مذهب من مذاهبه . وقد أقر حوالة الحق بشروط معينة في أحد مذاهبه ، وهو مذهب مالك ، دون المذاهب الأخرى . فلم يكن الفقه

(١) والحنفية تجيز بيع الدين من عليه الدين : إما بضمن معجل ، ويبدو أن هذا أقرب إلى أن يكون وفاء للدين بمقابل . وإما بضمن مؤجل ، ويبدو أن هذا أقرب إلى أن يكون تعديداً بتفجير محل الدين .

أما الشافعية في أحد قولين في مذهبهم أنه يجوز بيع الدين من غير المدين ، بشرط قبض الدين والتمن في المجلس . وهذا لا يبدو أن يكون يماً محضاً ، عجل فيه التمن وسلم المبيع . فالبائع تقدم إلى الدائن بسلمته ، وباعها منه بضمن معادل للدين ، ووكله الدائن (المشتري) في قبض هذا الدين . فقبض البائع الدين من المدين ، واحتجزه ثمناً ، وسلم المبيع إلى المشتري ، وذلك كله في مجلس البيع .

وأما الحنابلة فلا يجيزون بيع الدين من غير المدين . ويجيزون بيعه من المدين بضمن معجل — وهذا وفاء بمقابل — لا بضمن مؤجل . غير أن ابن تيمية وتلميذه ابن القيم يذهبان إلى جواز بيع الدين بالدين ولو بضمن مؤجل (إعلام الموقعين ١ ص ٣٤٠ — ص ٣٤١) ، ولا يمتنان إلا ابتداء الدين بالدين ، أى أن يكون المبيع ديناً مؤجلاً في الذمة ويكون التمن كذلك ديناً مؤجلاً في الذمة ، كبيع مقدار من القمح مؤجل التسليم في مبلغ من النقود مؤجل الدفع . وهذا يخرج عن منطقة بيع الدين بالدين .

(٢) فيحتال على حوالة الحق بأحد طريقين : (١) يوكل الدائن من يريد أن يحول له حقه في قبض هذا الحق من المدين ثم يهبه إياه ، وهو الطريق الذي كان القانون الروماني يلجأ إليه . ولكن يستطيع الموكل ، في هذه الحالة ، عزل الوكيل قبل قبض الدين . (٢) يقر الدائن لمن يريد أن يحول له حقه بأن الحق له . وهذا الإقرار مقصور على العلاقة فيما بين المقر والمقر له ، أما المدين فلا يطالب بالدفع للمقر له . ولذلك يصحب الإقرار بتوكيل من الدائن المقر له بقبض الدين ، أو يصدق المدين على الإقرار فيسرى في حقه (انظر في ذلك الأستاذ شفيق شحاتة في حوالة الحق في قوانين البلاد العربية ص ٦٢ — ص ٦٤ . أما ما يذكره الأستاذ شفيق شحاتة في ص ٥٧ — ص ٦١ من المسائل التي يستدل بها على جواز حوالة الحق في الفقه الحنفي ، فيبدو لنا أن التعامل فيها إنما يقع على حوالة الدين لا على حوالة الحق ، فتجري أحكام حوالة الدين على الوجه الذي أسلفناه في هذا المذهب ، أو أن الحوالة في هذه المسائل إنما قصد بها التوكيل بقبض الدين وهذا مأثور في المذهب الحنفي كما قدما : انظر في هذا المعنى الأستاذ عيسى أحمد عيسى مجلة الأزهر ٢٧ ص ١٠١٤ — ص ١٠١٨ و ص ١١١٦ — ص ١١٢٠) .

الإسلامي إذن بدءاً في تطوره كما قدمنا ، ولم يقر حوالة الدين دون أن يقر حوالة الحق ، بل هو قد سار على السنن المألوفة في التطور ، إذ بدأ باقرار حوالة الحق بسبب الموت ، ثم باقرار هذه الحوالة بين الأحياء ولكن في مذهب واحد من مذاهبه . ثم وقف تطوره عند ذلك ، فلم يقر حوالة الحق بين الأحياء في المذاهب الأخرى ، ولم يقر حوالة الدين أصلاً لاسبب الموت ولا بين الأحياء (١) .

٢ — مقارنة الحوالة بالنظم القانونية التي تقرب منها

٢٤١ — النظم القانونية التي تقرب من الحوالة وتُسَمَّى بِهَا : وقبل أن نفصل أحكام الحوالة ، حوالة الحق وحوالة الدين ، نميزها عما يقرب منها في النظم القانونية ويشتهر بها . فهناك غير الحوالة التجديد (novation) والإنابة في الوفاء (délégation) والوفاء مع الحلول (paiement avec subrogation) .

(١) انظر في الحوالة بوجه عام في الفقه الإسلامي في مذاهب الأربعة : البدائع ٦ ص ١٥ — ١٩ ص فتح القدير ٥ ص ٤٤٣ — ص ٤٥٢ — الزيلعي ٤ ص ١٧١ — ص ١٧٥ ص الفتاوى المنتقى ٣ ص ٢٩٥ — ص ٣٠٦ — ابن عابدين ٤ ص ٤٤٦ — ص ٤٥٩ — بداية المجتهد ٢ ص ٢٥٠ — ص ٢٥٢ — المحرشي ٦ ص ١٦ — ص ٢١ ص الخطاب ٥ ص ٩٠ — ص ٩٦ — القوانين الفقهية لابن جزي ص ٣٢٧ — المذهب ١ ص ٣٣٨ ص ٣٣٩ — المعنى (الطبعة الثالثة) ٤ ص ٥٢١ — ص ٥٣٤ .

والذي يخلص من كل ذلك أن حوالة الدين هي إما تجديد أو كفالة محورة أو كفالة محضة في المذهب الحنفي ، وهي تجديد الدين بتغيير المدين وتغيير الدائن في المذاهب الأخرى . فلم يسلم الفقه الإسلامي أصلاً بانتقال الدين ، لا فيما بين الأحياء ولا بسبب الموت ، إلا عن طريق الخلافة الخاصة ولا عن طريق الخلافة العامة . وإنما سلم بانتقال الحق بسبب الموت ، عن طريق الخلافة العامة في الميراث ، وعن طريق الخلافة الخاصة في الوصية بالدين . ولا يكاد يسلم بانتقال الحق فيما بين الأحياء إلا عن طريق الحيلة في المذهب الحنفي ، وإلا في كثير من التردد في مذهب مالك . ولا عجب في ذلك ، فهذا هو السير الطبيعي في تطور الحالة . أما تسليمه بانتقال الحق بسبب الموت ، فيبدو أن ذلك قد قام على فكرة الخلافة : خلافة الوارث للمورث وخلافة الموصى له للموصى . وهي خلافة لا تتحقق عندئذ إلا بالموت ، فيختص شخص السلف ويحل محله شخص الخلف .

فنعول كلمة موجزة في التمييز بين هذه النظم ونظام الحوالة (١) ، أما تفصيل هذه النظم فمكانه القسم الثالث من هذا الكتاب عند الكلام في أسباب انقضاء الالتزام .

٢٤٢ - الحوالة والتجديد : سرى أن الالتزام يتجدد ، إما بتغيير الدائن إذا اتفق الدائن والمدين وأجنبي على أن يكون هذا الأجنبي هو الدائن الجديد ، وإما بتغيير المدين إذا اتفق الدائن مع أجنبي على أن يكون هذا الأجنبي مديناً مكان المدين الأصلي وعلى أن تبرأ ذمة المدين الأصلي دون حاجة لرضائه ، أو إذا حصل المدين على رضاء الدائن بشخص أجنبي قبل أن يكون هو المدين الجديد ، وإما بتغيير الدين إذا اتفق الدائن والمدين على أن يستبدلا بالالتزام الأصلي التزاماً جديداً يختلف عنه في محله أو في مصلره (انظر م ٣٥٢ مدني) .

ويعتينا هنا من هذه الصور الثلاث صورتان الأوليان : التجديد بتغيير الدائن وبقابل حوالة الحق ، والتجديد بتغيير المدين وبقابل حوالة الدين .

فيتفق التجديد مع الحوالة في أن التجديد يتضمن كالحوالة إما تغييراً للدائن وإما تغييراً للمدين .

ولكن التجديد يختلف عن الحوالة في أن التجديد يقضي الالتزام الأصلي ، وينشئ مكانه التزاماً جديداً يتغير فيه الدائن أو يتغير المدين . وهذا بخلاف الحوالة كما رأينا ، فإن الالتزام فيها ينتقل هو نفسه ، بجميع مقوماته وخصائصه ، من دائن إلى دائن آخر أو من مدين إلى مدين آخر . ففي الحوالة ينتقل الالتزام

(١) ويمس التمييز أيضاً بين حوالة الحق والاشتراط لمصلحة الغير . فالاشتراط لمصلحة الغير لا يحول الغير حقاً له ، بل يشترط لمصلحته حقاً يلزم به المتهد ، فينشأ الغير حق مباشر يستمد من عقد الاشتراط ذاته دون أن ينتقل إليه من المشتروط بطريق الحوالة . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأنه إذا جعل شخص من شخص آخر مستحقاً لقيمة التأمين التي تعاقده عليه مع شركة التأمين ، فهذا اشتراط لمصلحة الغير اشترطه المؤمن له على الشركة لمصلحة المستحق ، لا يرتب حقاً للمستحق قبل المشتروط أو ورثته من بعده بسبب إلغاء بوليصة التأمين لامتناع المشتراط عن دفع أقساطه ، إلا إذا كان الاشتراط قد حصل مقابل حق للمستحق على المشتروط . وليس هو حوالة من المشتروط للمستحق تفيد بذاتها مديونية المشتروط للمستحق بمقابل قيمتها (نقض مدني ٩ يناير سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٣٦ ص ٢٩٧) .

بضماناته وصفاته ودفعه ، أما في التجديد فيحل محل الالتزام الأصلي التزام جديد بضمانات وصفات ودفع قد تختلف عن تلك التي كانت للالتزام الأصلي (١). وقد نصت المادة ٣٥٦ مدني على أنه ١ - يترتب على التجديد أن يتقضى الالتزام الأصلي بتوابعه ، وأن ينشأ مكانه التزام جديد . ٢ - ولا ينتقل إلى الالتزام الجديد التأمينات التي كانت تكفل تنفيذ الالتزام الأصلي إلا بنص في القانون ، أو إذا تبين من الاتفاق أو من الظروف أن نية المتعاقدين قد انصرفت إلى ذلك . ثم تنص المادة ٣٥٨ مدني على أنه ١ لا ينتقل إلى الالتزام الجديد الكفالة ، عينة كانت أو شخصية ، ولا التضامن إلا إذا رضى بذلك الكفلاء والمدينون المتضامنون .

ونرى من ذلك أن الحوالة أفضل بكثير من التجديد ، فهي تحتفظ بالالتزام ذاته دون تغيير فيه ، ويبقى لهذا الالتزام ضماناته وصفاته ودفعه لمصلحة كل من الدائن والمدين (٢) . وقد ذهب التقنين المدني الألماني ، بعد أن نظم كلا من حوالة الحق وحوالة الدين ، إلى حد إلغاء التجديد بتاتا ، سواء بتغيير الدين أو بتغيير الدائن أو بتغيير المدين ، واستعاض عن التجديد بتغيير الدين الوفاء بمقابل ، وعن التجديد بتغيير الدائن حوالة الحق ، وعن التجديد بتغيير المدين حوالة الدين (٣) . والواقع من الأمر أن التجديد لم يعد له ، إلى جانب الحوالة ، مكان يذكر ، فإن الحوالة تغطي عليه ويؤثرها الناس في تعاملهم . ولقد كان للتجديد مكان ملحوظ في التقنين المدني السابق ، لأن هذا التقنين لم يكن ينظم حوالة الدين كما سبق القول ، فكان التجديد بتغيير المدين يقوم إلى مدى محدود بمهمة هذا النوع من الحوالة . ولكن بعد أن نظم التقنين المدني الجديد حوالة الدين ، لم يعد للتجديد دور محسوس في التعامل .

(١) هذا إلى أن التجديد بتغيير الدائن يقتضى في انقاده رضا المدين الأصل ، أما حوالة الحق فلا تقتضى في انقاده رضا المحال عليه . والتجديد بتغيير المدين يتم باتفاق المدين القديم والمدين الجديد والدائن ، أما حوالة المدين تتم باتفاق المدين القديم والمدين الجديد وحدهما ، أما قبول الدائن فلازم في نفاذ الحوالة لا في انقاده . وقد يتم التجديد بتغيير المدين عن طريق اتفاق المدين الجديد والدائن وحدهما ، وتتفق حوالة الدين في ذلك مع التجديد .

(٢) بلاكبول وريبير ورومان ٧ فقرة ١١٤٣ — دي باج ٣ فقرة ٣٧٧ .

(٣) أما في تقنين الالتزامات السويسري : فقد بقي التجديد ولكن بآثار محدودة ، ولم يخص له هذا التقنين إلا مادة واحدة هي المادة ١١٦ .

٢٤٣ - موالة الدين والإنابة في الوفاء : ويقابل حوالة الدين أيضاً

الإنابة في الوفاء . وتم الإنابة إذا حصل المدين على رضا الدائن بشخص أجنبي يلتزم بوفاء الدين مكان المدين (م ١/٣٥٩ مدنى) . ويسمى المدين متنبأ ، والدائن متنبأ لديه ، والأجنبي متنبأ .

فاذا كان المدين المتنبأ قد اتفق مع دائته المتنبأ لديه ومع الأجنبي المتنبأ أن يتجدد الدين الذى فى ذمته للدائن بدين جديد يكون فى ذمة الأجنبي المتنبأ للدائن المتنبأ لديه ، فان هذا يكون تجديداً بتغيير المدين (م ١/٣٦٠ مدنى) ، وقد سبق أن ذكرنا الفرق بين هذا التجديد وحوالة الدين .

أما إذا لم يتفق المتعاقدون على التجديد ، فان الالتزام الذى فى ذمة المدين المتنبأ للدائن المتنبأ لديه يبقى كما هو ، ويضاف إليه التزام جديد ينشأ فى ذمة المتنبأ للمنتاب لديه (م ٢/٣٦٠ مدنى) .

ونرى من ذلك الفرق ما بين الإنابة فى الوفاء فى هذه الصورة الثانية وحوالة الدين . فى حوالة الدين ينتقل الدين ذاته إلى ذمة مدين آخر ، وفى الإنابة فى الوفاء يبقى الدين القديم فى ذمة المدين الأصلي وينشأ إلى جانبه دين جديد فى ذمة مدين آخر . وهذا الدين الجديد مستقل عن الدين القديم فى مقوماته وخصائصه ، حتى أنه لا يتأثر بدفوع الدين القديم (١) .

٢٤٤ - موالة الحق والوفاء مع الحلول : ويقرب الوفاء مع الحلول من

حوالة الحق إلى حد كبير . فالوفاء مع الحلول هو أيضاً ، كالحوالة ، ينتقل الالتزام من دائن إلى دائن آخر محل محله ، والالتزام الذى ينتقل هو الالتزام ذاته بجميع مقوماته وخصائصه من ضمانات وصفات ودفوع .

ولكن الوفاء مع الحلول هو وفاء للدين يقوم به غير المدين ، فيحل من وفى الدين محل الدائن فى نفس الالتزام الذى وفاه . أما حوالة الحق فلا تتضمن

معنى الوفاء ، بل معنى المضاربة إذا كانت بمقابل ، فان الدائن ينقل الالتزام إلى دائن آخر في مقابل مال يأخذه عوضاً عن حقه ، فهو يبيع الحق لا يستوفيه . وتتضمن حوالة الحق معنى التبرع إذا كانت بغير مقابل ، فان الدائن ينقل الالتزام إلى دائن آخر من غير عوض ، فهو يهب الحق لا يستوفيه . وعلى هذا الفرق الجوهرى تتركز الفروق الأخرى ما بين حوالة الحق والوفاء مع الحلول ، من حيث قيام كل من الحوالة والحلول ، ومن حيث الآثار التى تترتب على كل منهما .

فن حيث قيام الحوالة والحلول ، تقوم حوالة الحق على اتفاق ما بين الدائن الأصلى والدائن الجديد يحول بموجبه الأول للثانى الحق الذى له ، وليس من الضرورى رضا المدين بالحوالة ويكفى إعلانه بها لتكون نافذة في حقه . أما الحلول فتارة يكون بحكم القانون إذا قام بالوفاء شخص غير المدين في حالات معينة (أنظر المادة ٣٢٦ مدنى وسيأتى تفصيلها في موضعه) ، وطوراً يكون باتفاق بين الدائن الأصلى والدائن الجديد يستوفى بموجبه الأول حقه من الثانى ويحله محله فيه (م ٣٢٧ مدنى) ، أو باتفاق بين المدين والدائن الجديد يقترض بموجبه الأول مالا من الثانى يوفى به الدين ويحل المقرض محل الدائن الذى استوفى حقه ، على أن يذكر في عقد القرض أن المال المقرض قد خصص لوفاء الدين وفى المخالصة أن وفاء الدين كان من هذا المال المقرض (م ٣٢٨ مدنى) .

ومن حيث الآثار التى تترتب على كل من الحوالة والحلول ، يرجع الدائن الجديد في حوالة الحق على المدين بكل الحق ، لأنه يكون إما قد اشتراه من الدائن القديم ، أو وهب له منه . أما في الوفاء مع الحلول ، فلا يرجع الدائن الجديد إذا كان قد وفى الحق بأقل من قيمته إلا بمقدار ما وفى وليس بكل الحق ، لأنه بعيد عن فكرة المضاربة ، فلا يأخذ إلا بمقدار ما أعطى (١) .

وسنعود ببيان أوفى إلى المقارنة بين الوفاء مع الحلول وحوالة الحق (٢) . وننتقل الآن ، بعد هذه المقارنات العاجلة ، إلى تفصيل أحكام الحوالة ، بادئين بحوالة الحق ، ونعقبها بحوالة الدين .

(١) انظر في كل ذلك دى باج ٣ فقرة ٣٧٧ .

(٢) انظر ما بين فقرات ٢٠٦ — فقرة ٢٠٩ .

الكتاب الأول

حوالة الحق^(*)

(Cession de creance)

٢٤٥ — أطراف حوالة الحق : في حوالة الحق ، يتفق الدائن مع أجنبي على أن يحول له حقه الذي في ذمة المدين ، فيحل الأجنبي محل الدائن في هذا الحق نفسه بجميع مقوماته وخصائصه كما قلنا .

ويسمى الدائن محيلا (cédant) لأنه يحيل الأجنبي بالحق الذي له على المدين .
ويسمى الأجنبي وهو الدائن الجديد محالا له (cessionnaire) لأن الدائن أحاله بحقه .

ويسمى المدين محالا عليه (cédé) ، لأن الدائن الأصلي أحال عليه الدائن الجديد .

(*) مراجع : أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٩ وفقرة ٣٥٩ مكررة — بودرى وسيليا فقرة ٧٤٨ وما بعدها — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٠٥ وما بعدها — بيدان ودى لاجريسيه ١١ فقرة ٣٥٢ وما بعدها — دى باج ٣ فقرة ٣٧١ وما بعدها — بلانيول وريبير وهولانجيه ٢ فقرة ١٣٠٨ — فقرة ١٣١٠ وفقرة ١٦٩٦ — فقرة ١٧٤٠ — كولان وكايبان ودى لاموراندبير ٢ فقرة ٦٢٢ — فقرة ٦٤١ — جوسران ٢ فقرة ٨٠٢ — فقرة ٨٢٦ — كامبيون (Campion) في علم النبر بحوالة الحق غير الملطنة رسالة من ليل سنة ١٩٠٩ — لاب (Lapp) بحث في حوالة المقدم الملزم للجانبين إلى خلف خاص رسالة من ستراسبورج سنة ١٩٥٠ السيكلوبيدي دالورز (Cession de Créance) .

الأستاذ شفيق شحاته في حوالة الحق في قوانين البلاد العربية — الأستاذ عبد الحى حجازي ٣ ص ٢٤١ — ص ٢٦٧ — الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام ص ٣١١ — ٣٢٢ .
الموجز للمؤلف ص ٥٢٧ — ٥٤٨ — الأستاذ أحمد حشمت أبوسحت ص ٥٣٩ — ص ٥٦٠

٢٤٦ - الأغراض المختلفة لحالة المحو : وحالة الحق ، وإن كانت

صورتها واحدة لا تتغير ، متنوعة الأغراض والمقاصد . فقد يقصد الدائن أن يبيع حقه من المحال له الدائن الجديد ، وقد يقصد أن يهبه إياه ، أو يرهنه عنده ، أو يوفى به ديناً عليه لهذا الدائن الجديد فتكون الحالة وفاء بمقابل لهذا الدين . والعبرة بالإرادة الحقيقية للمحل والمحال له ، والتعرف على هذه الإرادة مسألة واقع تقدرها محكمة الموضوع دون تعقيب عليها من محكمة النقض (١) .

(١) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٠٧ ص ٤٨٥ - أنسيكلوبيدي دالوز (Cession de Créance) فقرة ٧ - فقرة ٩ وفقرة ١٢ - وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كانت الحالة بالحق حاصلة بقصد الوفاء للمحال ، فإنها تنقل إليه الملكية في الدين ، ويكول للمحال أن يباشر بموجبها التنفيذ ... متى استخلصت المحكمة استخلاصاً سائفاً من أوراق الدعوى وظروفها أن المقصود من الحالة إنما كان استيفاء المحال حقاً له قبل المحيل من الدين المحال بطريق التنفيذ بمقتضى عقد الحالة الرسمي الذي أحله محل الدائن في كل ماله من حقوق قبل المدين ، فإن المجادلة في ذلك لا تكون إلا مجادلة موضوعية (نقض مدني ١٣ فبراير سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ٩٩ ص ٣١٧) .

وأياً كان الغرض من الحالة ، فهناك قواعد عامة تنطبق على كل حالة ، يما كانت أوهبة أو رهناً أو وفاء بمقابل أو غير ذلك ، كاتفاق المحيل مع المحال له على الحالة وكيف تصير الحالة نافذة في حق المحال عليه وفي حق الغير . ثم ينفرد بعد ذلك كل عقد بالقواعد الخاصة به ، فالبيع يقتضي الثمن والضمان ، والهبة تقتضي نية التبرع ، والوفاء بمقابل يقتضي وجود دين في ذمة المحيل للمحال له يوفيه بالحالة ، والرهن يقتضي أيضاً وجود دين في ذمة المحيل للمحال له يرمي فيه المحيل حقه عن طريق الحالة . والأهلية اللازمة للحالة هي الأهلية اللازمة للمقد الذي تنطوي عليه فقد تكون أهلية التصرف أو أهلية التبرع بحسب الأحوال (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٠٧ ص ٤٨٥ - الأستاذ شفيق شحاتة في حوالة الحق في قوانين البلاد العربية ص ١٧) . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في هذا الصدد ما يأتي : « وإذا كان الثالب في هذه الحالة أن تم في مقابل مبلغ من المال يؤدي بوصفه ثمتاً ، وأن تتوفر فيه مقومات البيع من هذا الوجه ، إلا أنها قد تنعقد أحياناً للاحتياز فتكون وفاء بمقابل ، وقد يلتصق فيها المقابل فتكون هبة . وقد يقع أن يقصد منها إلى مجرد إنشاء تأمين خاص ، وفي هذه الحالة تنقش للمحال رهناً ، ولا يترتب عليها نقل الملك في الحق المحال به . ومرجع الحكم في كل أولئك هو نية المتماقدين . ويُتفرض على هذا أن تعين القواعد الواجب تطبيقها في هذا الشأن ينطبق بطبيعة التصرف الذي يزعم عقده . وإذا كان من بين هذه القواعد ما يمتنع تطبيقه في جميع الأحوال دون تفریق ، كما هو الشأن فيما يتعلق بالإجراءات الخاصة بفساد الحالة في حق الغير ، فبعض قواعد أخرى يختلف حلها من التطبيق تبعاً لطبيعة المقصود ، ومن ذلك مثلاً قواعد الضمان . وغنى عن البيان أن الطائفة الأولى من تلك القواعد ترتفع عن الخصوصيات على نحو يؤهلها لأن -

قد يقصد المحيل أن يبيع حقه من المحال له ، وعند ذلك يتقاضى ثمناً لهذا الحق ، ويكون عليه ضمان البائع . وفائدته من ذلك أن يكون في حاجة عاجلة إلى المال ، فيحصل عليه من المحال له ثمناً لحقه الذى لم يحل أجله . وقد يكون الحق قد حل أجله ، ولكن قامت صعوبات عملية أمام المحيل للحصول على حقه من مدينه ، فيحول هذا الحق للمحال له ويكون هذا عادة أقدر على تقاضى الحق من المدين . أما فائدة المحال له من شراء الحق فهو ما يجنيه من الكسب ، إذ هو لابد في تقدير الثمن مستنزل في القليل فوائد الحق إلى يوم حلوله ، وقد يستنزل مقداراً أكبر إذا قدر أن هناك صعوبات عملية في الحصول على الحق من المدين وأنه سيتجشم جهداً ومالاً ووقتاً قبل أن يصل الحق إليه . فالمحال له يكون عادة في حالة البيع مدفوعاً بفكرة المضاربة (speculation) ، يستهدف بعض المخاطر سعياً وراء الربح والكسب .

وقد يقصد المحيل أن يهب الحق له ، وتختلف هذه الحالة عن سابقتها كل الاختلاف . فالمحيل مسوق بنية التبرع ، لم تدفعه حاجة إلى المال ، ولم يحفزها على الزول عن حقه صعوبات في الحصول عليه . وكذلك لا يكون المحال مطوياً على فكرة المضاربة ، فهو يتلقى تبرعاً لا يدفع فيه ثمناً .

وقد يقصد المحيل أن يرهن الحق عند المحال له (١)، فقد يكون في حاجة إلى المال وحقه في ذمة مدينه لم يحل أجله ولا يريد بيعه ، فيعمد إلى اقتراض حاجته من المحال له رهنأً عنده حقه . فإذا حل أجل القرض ، فأما أن يكون المحيل مستطيعاً رده للمحال له فيفك الرهن عن حقه المرهون (٢)، وإما ألا

= تشغل مكاناً طبيعياً في نطاق النظرية العامة للالتزام . وهذه العلة اقتصر المشروع في هذا المقام على الوقوف لدى الأحكام الخاصة بانتقال الالتزام في ذاته (انظر المادة ٤١٣ من التفتين الألمان والمادة ١٠٧٨ من التفتين البرازيل) دون أن يمتد في ذلك بسبب الانتقال أو ترتيب الحق ، يماً كان أو هبة أو مقايضة أو شركة أو رهنأً (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٠٩ — ص ١١٠) .

(١) استئناف مصر ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ٢٦٤ ص ٥٤٤ — استئناف مخطط ١٣ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٧٩ — ١٦ مايو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٧٠ .
(٢) استئناف مخطط ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ ص ١١٢ .

يكون مستطيعاً رد القرض فينفذ المحال له على الحق المرهون وفقاً للأحكام المقررة في رهن الدين (١) (م ١١٢٣ - ١١٢٩ مدني). بل تجوز حوالة حق واحد مرتين، الأولى على سبيل الرهن والأخرى على سبيل البيع، فيكون حق المحال له المشتري في الحوالة الثانية خاضعاً لحق المحال له المرتهن في الحوالة الأولى (٢).

وقد يكون على المحيل للمحال له دين سابق أو لاحق للحق الذي له في ذمة مدينه، ويحل أجل هذا الدين. فلا يجد المحيل أمامه طريقاً للوفاء بدينه للمحال له خيراً من أن ينزل له عن حقه في مقابل هذا الدين، ويرضى المحال له بالحوالة، فيكون قد استوفى حقه في ذمة المحيل بحق المحيل في ذمة المحال عليه. وهذا هو الوفاء بمقابل (٣).

(١) وعلى المحال له المرتهن أن يجدد قيد الرهن الضامن للحق محل الحوالة حتى قبل أن تصبح الحوالة نافذة في حق الغير (استئناف مخطط ١٧ يونيو سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٥٨). أما إذا استوفى المحال له حقه الذي ارتهن فيه الحق محل الحوالة، فالتزام تجديد القيد يقع على المحيل بعد ذلك (استئناف مخطط ٢٤ فبراير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٢٧٠). ويعود للمحيل بوجه عام الصفة الكاملة في أن يتخذ أي إجراء بشأن الحق (استئناف مخطط نفس الحكم السابق). وللمحال له المرتهن أن يستوفى كل الحق محل الحوالة ولو زاد على حقه المضمون بالرهن، ثم يرد الزيادة إلى المحيل الراهن (استئناف مخطط ٢٦ مايو سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٨١). ولا يجوز للمحال له المرتهن أن يحول الحق محل الحوالة إلى محال له ثان بأقل من قيمته دون رضا المحيل الراهن (استئناف مخطط ١٦ مايو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٧٠).

(٢) استئناف مخطط ٢٣ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٢٣.

(٣) استئناف مخطط ١٩ فبراير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣٢٧ — ١٥ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٣١ — أول أبريل سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١٧٨ — ٢٧ أبريل سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٢٨٩.

هذا وقد يقصد بالحوالة أغراض أخرى: فقد تكون الحوالة مقايضة، فيحول المحال له إلى المحيل حقاً في مقابل الحق الذي حول له (هيك ١ فقرة ٢٦٦). وقد تكون الحوالة قرضاً، فيقبض المحال له الحق من المحال عليه على أن يرد مثله إلى المحال له في الأجل المضروب. وقد تكون الحوالة شركة، فيدفع المحيل حصته في الشركة الحق الذي حوله لها. وقد تكون الحوالة وكالة بالقبض بقصد التحصيل، فيكون المحال له وكيلًا عن المحيل في تحصيل الحق محل الحوالة، وتقديم حساب عنه للمحيل (نقض مدني ٢٢ يناير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام لنقض ٤ رقم ٥٥ ص ٣٧٥). فإذا كان سند الدين محرراً لأمر وإذن الدائن، وحوله هذا تحويلاً لم يذكر فيه تاريخه ولا أن القيمة وصلت، كان تحويلاً ناقصاً لا يوجب انتقال الملكية للمحال له، بل يعتبر توكيلاً في قبض السند عملاً بالمادة ١٣٥ تجاري، فيجوز أن توجه المحال =

٢٤٧ - أركان حوالة الحق والآثار التي ترتب عليها : ونبحث في
حوالة الحق في فصلين متعاقبين : (أولاً) أركان الحوالة - (ثانياً) الآثار التي
ترتب عليها .

سـ له جميع الدفوع التي يجوز التحمل بها قبل المحيل : استئناف وطق ٨ مارس سنة ١٩٠٨ المجهو ٥
الرسمية ٩ رقم ١٢٥ ص ٢٩٣ — ٦ ديسمبر سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٣٨
ص ٧٨ — ١٥ يناير سنة ١٩٢٣ المحاماة ٣ رقم ٦٧ ص ١٢٣ — طنطا ٤ مارس سنة ١٩٢٣ :
المحاماة ٣ رقم ٢٧٧ ص ٣٥٢ — مصر ١٨ مايو سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٥ رقم ٥١ ص ١٠٦
الطوارئ ٥ أبريل سنة ١٩٣١ المحاماة ١٣ رقم ٢٢٢ ص ٤٤٦ — وقضى بأن اشتراط ذكر
عبارة « القيمة وصلت » في التحويل ليكون تاماً إنما يحل السندات التجارية : بنى مزاره ٢٥ مايو
سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ١٨٨ ص ٥١٢ . وإذا اعتبر التحويل الحاصل من الدائن توكيلاً
فقط لعدم النص على وصول القيمة ، فإن هذا لا يمنع المحال له من رفع الدعوى باسمه الشخصي
على المحال عليه وتقاضى الدين باسمه خاصة ، وكل ما للمدين في هذه الحالة هو أن يدفع قبل المحال
له بالدفوع التي له قبل المحيل (طنطا ١٦ فبراير سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٩٣ ص ١٨٢) .
وعدم ذكر ثمن للحوالة لا يجعلها باطلة ، فقد تكون هبة أو رهناً أو وفاة بمقابل أو غير ذلك ،
وتعتبر في أقل تقدير وكالة بالقبض لتحصيل الحق محل الحوالة (استئناف مختلط ٢٤ مايو
سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٩٣ — ١٤ يونيو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٣٦٣ — ٦ نوفمبر
سنة ١٩٤١ م ٥٤ ص ٦ — ١٢ مايو سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ١٢٢) . ولكن إذا كانت
الحوالة ضماناً لاعتماد يفتح في مصرف ، وجب أن يذكر مقدار هذا الاعتماد حتى تكون الحوالة
صحيحة ، لأن المحال له ليس له في الحوالة إلا هذا المقدار (استئناف مختلط ١٠ يونيو سنة ١٩٠٣
م ١٥ ص ٣٤٤) .

الفصل الأول

أركان حوالة الحق

٢٤٨ - أركانه حوالة الحق هي أربعة الاتفاق بموجب عام : حوالة

الحق هي ، كما قلنا ، اتفاق بين المحيل والمحال له على تحويل حق المحيل للذي في ذمة المحال عليه إلى المحال له . فأركان هذه الحوالة هي أركان أى اتفاق (convention) يتم بين طرفين ، وأركان الاتفاق هي نفس أركان العقد .

ومن ثم تكون أركان حوالة الحق هي التراضي والمحل والسبب . ولا بد أن صدر الرضاء من ذى أهلية له حسب العقد الذى تنطوى عليه الحوالة من بيع أو هبة أو رهن أو وفاء بمقابل أو غير ذلك ، وأن يكون خالياً من عيوب الإرادة من غلط وتدليس وإكراه واستغلال (١) . كذلك يجب أن تتوافر في المحل شرائطه العامة ، ومحل حوالة الحق هو الحق الذى في ذمة المحال عليه للمحيل ، وهناك شرائط خاصة بهذا المحل هي التى سنعرض لها هنا . والسبب في الحوالة هو الباعث الذى دفع المحيل والمحال له إلى إبرامها ، أى الباعث الذى دفعهما إلى البيع أو الهبة أو الرهن أو الوفاء بمقابل أو غير ذلك من الأغراض المختلفة التى تحققها الحوالة (٢) .

ونحيل في كل ما قلناه على القواعد العامة التى سبق بسطها فيما يتعلق بالعقد ، فحوالة الحق ليست إلا عقداً أو اتفاقاً (٣) . ونكتفى هنا ببعض مسألتين :

(١) ويعتبر غلطاً جوهرياً أن يكون الرهن الضامن للحق المحال به قد سقط دون أن يعلم المحال بسقوطه (استئناف مختلط ٧ أبريل سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٢٢) . ويعتبر تدليساً ألا يطلع المحال موكله على المركز الصحيح لحقه في قائمة التوزيع ، ليحمله بذلك على أن يحول له هذا الحق (استئناف مختلط ٣٠ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٢٢٢) .

(٢) وتعتبر الحوالة في القوانين الجزائية مصدراً للالتزام مجرد .

(٣) والحوالة اتفاق لأنها تظل الالتزام ، ولا تنشأ كالعقد . حل أنه لا توجد أهمية عملية

في التمييز ما بين الاتفاق والعقد . وسنعود إلى هذه المسألة : أنظر ما يلى فقرة ٢٦٢ .

(١) محل الحوالة : وذلك لبحث الشرائط الخاصة بحوالة الحق التي سبقت الإشارة إليها . (٢) التراضي ، وذلك لتعدد أطراف الحوالة فترى ممن يصدر التراضي ، ومتى تنعقد الحوالة ، ومتى تنفذ في حق المحال عليه وفي حق الغير .

الفرع الأول

محل حوالة الحق

٢٤٩ - النصوص القانونية : تنص المادة ٣٠٣ من التقنين المدني على ما يأتي :

«يجوز للدائن أن يحول حقه إلى شخص آخر ، إلا إذا حال دون ذلك نص القانون أو اتفاق المتعاقدين أو طبيعة الالتزام . ويتم الحوالة دون حاجة إلى رضا المدين » .

وتنص المادة ٣٠٤ على ما يأتي :

« لا تجوز حوالة الحق إلا بمقدار ما يكون منه قابلاً للحجز (١) .
وتقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق المادة ٢١١/٣٤٩ و٢١١ وطني والمادة ٤٣٥ مختلط (٢) .

(١) تاريخ النصوص :

م ٣٠٣ : ورد هذا النص في المادة ٤٢٧ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين الجديد ، ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣١٥ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٣٠٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١١١ وص ١١٤) .

م ٣٠٤ : ورد هذا النص في المادة ٤٢٩ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا بعض اختلاف لفظي طفيف ، عدل في لجنة المراجعة ، وأصبح رقم النص ٣١٦ في المشروع النهائي . م وافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٣٠٤ (مجموعاً الأعمال التحضيرية ٣ ص ١١٤ — ص ١١٥) .

(٢) التقنين المدني السابق : م ١/٣٤٩ و٢١١ وطني (ذكرتو ٢٦ مارس سنة ١٩٠٠) : لا تنتقل ملكية الديون والحقوق المبيعة ولا يعتبر بيعها صحيحاً إلا إذا رضى المدين بذلك بموجب كتابة . فإن لم توجد كتابة مشتملة على رضا المدين بالبيع ، لا تقبل أوجه ثبوت عليه غير المبين . م ٤٣٥ مختلط : تنتقل ملكية الحق المبيع من البائع إلى المشتري بمجرد تراضيهما . وسملق في مكان آخر على نصوص التقنين المدني السابق فيما يتعلق برضاء المدين .

وتقابل في التقنيات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادتين ٣٠٣ - ٣٠٤ - وفي التقنين المدني الليبي المادتين ٢٩٠ - ٢٩١ - مدني التقنين المدني العراقي المادتين ٣٦٢ و ٣٦٤ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادتين ٢٨٠ - ٢٨١ (١).

ويتبين من النصوص المقدمة أن حوالة الحق محلها حق الدائن ، فهذا الحق الشخصي هو الذي ينتقل بالحوالة من الدائن الأصلي إلى الدائن الجديد .

والأصل أن كل حق شخصي قابل للحوالة ، ومع ذلك لا يكون قابلاً لها في بعض حالات استثنائية . فنستعرض الأصل ، ثم نورد الاستثناءات .

(١) التقنيات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري : م ٣٠٣ - ٣٠٤ (مطابقتان للمادتين ٣٠٣ - ٣٠٤ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي : م ٢٩٠ - ٢٩١ (مطابقتان للمادتين ٣٠٣ - ٣٠٤ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي : م ٣٦٢ و ٣٦٤ (مطابقتان للمادتين ٣٠٣ - ٣٠٤ من التقنين المدني المصري) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني : م ٢٨٠ : يجوز الدائن أن يتفرغ لشخص آخر من دين له ، إلا إذا كان هذا التفرغ ممنوعاً بمقتضى القانون أو بمقتضى مشيئة المتماقدين أو لكون الموجب شخصياً محضاً وموضوعاً بين شخصين معينين على وجه لا يقبل التغير .

م ٢٨١ : ويجوز التفرغ عن حقوق مطلقة نظرف ما وإن تكن استقبالية محضة . ويصح التفرغ عن حق متنازع عليه أقيمت دعوى الأساس في شأنه ، بشرط أن يرضى المديون الذي تفرغ الدائن عن دينه . وتبقى مغايل هذا التفرغ خاضعة من حيث الصلاحية لأحكام المادة الثالثة من القانون الصادر في ١٧ شباط سنة ١٩٢٨ . عل أنه لا يمكن التملص من التفرغ له حين يكون لديه سبب مشروع في إحرازه الحقوق المتنازع عليها ، كأن يكون وارثاً مع المتفرغ أو شريكاً له في ملك أو دائناً له .

وهذه الأحكام تنفق مع أحكام التقنين المدني المصري . وفما يتعلق ببيع الحقوق المتنازع عليها الذي وردت أحكامه في الفقرة الثانية من المادة ٢٨١ لبناني انظر المادتين ٤٦٩ - ٤٧٠ مصري ، وهي مسألة تخرج من نطاق البحث . انظر في التقنين اللبناني الدكتور صبحي المصطفى في انتقال الالتزام في القانون المدني اللبناني ص ١٩ - ص ٢٥ .

(م ٢٩ - الوسيط)

٥ ١ - الأصل العام - الحق الشخصي قابل للحوالة

٢٥٠ - كل من شخص قابل في الأصل للحوالة : الحق الشخصي (créance) أيأ كان محله ، قابل في الأصل للحوالة به من دائته الأصلي إلى دائن جديد .

ويغلب في حوالة الحق أن يكون محل هذا الحق مبلغاً من النقود . ولكن يجوز أن يكون محل الحق أشياء مثلية غير النقود (١) . بل ويجوز أن يكون محل الحق عينا معينة بالذات ، بشرط أن يكون الحق شخصياً لاعتيناً (٢) . مثل ذلك الوعد ببيع دار ، يجعل للموعد له حقاً شخصياً قبل الواعد متعلقاً بهذه الدار ، فيجوز للموعد له أن ينزل عن هذا الحق لشخص آخر (٣) .

كذلك يجوز أن يكون محل الحق عملاً أو امتناعاً عن عمل (٤) . فيجوز للمستأجر ، وهو دائن للمؤجر بتمكينه من الانتفاع بالعين المؤجرة ، أن ينزل

(١) وذلك كسند تعهد موقعه بموجبه أن يورد قطعاً لشئونة الدائن ، فيجوز للدائن حوالة هذا السند (استئناف مخطوط ١٦ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٢٠) .
(٢) أما التنازل عن الحقوق العينية فنخضع لإجراءات الشهر والتسجيل إذا كانت عقارية ، لا لأجراءات الحوالة (أوبري ورو ٢ فقرة ٢٠٩ وحامش رقم ١٢ — بودرى وسينيا فقرة ٧٥٥ — دي باج ٣ فقرة ٢٨١) .

(٣) أنسيكلوبيدى دالوز Cession de créance فقرة ٥٩ وما بعدها — والمشتري لمحصل مستقبل دائن قبل ظهور الحصول ، فإذا نزل عن حقه الشخصي اتبعت قواعد حوالة الحق . أما بعد ظهور الحصول ، فإن حق المشتري يصبح حقاً عينياً ، إذ تنتقل ملكية الحصول للمشتري ولو قبل أن يتسلمه ، فإذا نزل عن حقه للشخص آخر اتبعت إجراءات نقل الحقوق العينية لا إجراءات الحوالة (قانون بلانيول وريبير وردوان ٧ ص ٤٨٩ هامش رقم ٣) .
ويجوز في البيع غير المسجل لعقار معين بالذات أن يحول المشتري حقه الشخصي وفقاً لإجراءات الحوالة لا لإجراءات التسجيل ، لأن البيع غير المسجل يقتصر على إنشاء حقوق شخصية ، فتكون قابلة للحوالة (نقض مدني ٣ فبراير سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٧٦ ص ٥٩٤) .

(٤) لوران ٢٤ فقرة ٤٨٠ — حيك ١ فقرة ٣١٢ — جيلوار ٢ فقرة ٧٦٢ — بودرى وسينيا فقرة ٧٥٤ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١١٢ — عكس ذلك أوبري ورو ٤ فقرة ٣٥٩ .

عن حقه إلى شخص آخر ، وهذا هو التنازل عن الإيجار نظمه التقنين المدني في المواد ٥٩٣ - ٥٩٥ و ٥٩٧ (١) . ويجوز لمشتري المتجر ، إذا اشترط على بائعه عدم المنافسة وهذا التزام بامتناع عن عمل ، أن ينزل عن المتجر الذى اشتراه لشخص آخر ، ويعتبر أنه قد نزل له في الوقت ذاته عن حقه الشخصى قبل البائع بعدم المنافسة . وإذا اشترط مالك العقار على جاره قيوداً في البناء ، كمنعه من مجاوزة حد معين في الارتفاع بالبناء أو في مساحة رقعته ، وكانت القيود حقوقاً شخصية ، وليست حقوق ارتفاق وفقاً للمادة ١٠١٨ مدنى ، فإن هذه القيود تكون التزامات بالامتناع عن عمل ، ويجوز للمالك العقار عند نزوله عن عقاره لشخص آخر أن ينزل له عنها مع العقار ، بل هى تنتقل حتماً معه وفقاً لقواعد الخلافة الخاصة (م ١٤٦ مدنى) .

ويستوى كذلك ، في القابلية للحوالة ، أن يكون الحق مدينياً أو تجارياً ، أو أن يكون الحق مدوناً في سند مكتوب — حكم قضائى أو سند رسمى أو سند غير رسمى — أو غير ملون أصلاً ، فتجوز حوالة الحقوق التى لا دليل عليها إلا اليقينة أو القرينة . وكذلك تجوز حوالة الأوراق التجارية من كميالات وسندات وشيكات وحوالة الأسهم والسندات ، وإن كانت الحوالة في هذه الأوراق لها إجراءات خاصة كما سئرى .

ويستوى أخيراً ، في القابلية للحوالة ، أن يكون الحق منجزاً أو معلقاً على شرط (٢) أو مقترناً بأجل ، بل إن أكثر ما ترد الحوالة عليه هى الحقوق المؤجلة (٣) .

(١) أما الإيجار من الباطن فهو إيجار المستأجر لحقه لا نزوله عن هذا الحق ، فيختل من التنازل عن الإيجار (أنظر دى باج ٣ فقرة ٣٨٢) .

(٢) فيجوز للمسار أن ينزل عن حقه في السيرة إذا ما تمت الصفقة التى توجب له هذا الحق ، فهو في هذه الحالة ينزل عن حق معلق على شرط (أنسيكلويدى دالواز ١ cession de créance فقرة ٥١)

(٣) للمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١١٢ .

٢٥١ - الحقوق المستقبلية : وكما تجوز حوالة الحق المؤجل والحق

المعلق على شرط ، كذلك تجوز حوالة الحق المستقبل (١) . والفرق بين الحق المستقبل (créance future) والحق الشرطي (créance conditionnelle) هو ، كما قدمنا عند الكلام في الشرط ، أن الحق الشرطي له وجود قانوني في الحال ، وإن كان هذا الوجود غير بات وغير كامل ، فإذا ماتحقق الشرط أصبح الوجود باتاً كاملاً وبأثر رجعي من وقت نشوء الحق . وأما الحق المستقبل أو الحق الاحتمالي فليس له وجود قانوني في الحال ، وإنما هو حق يحتمل وجوده في المستقبل ، وإذا وجد فليس لوجوده أثر رجعي ، بل يوجد من وقت تحقق الواقعة التي أنشأته . وقد قدمنا أن الشرط في الحق الشرطي أمر عارض ، وهو وصف يدخل على الحق بعد تمامه وبعد أن تتكامل عناصره . أما الحق الاحتمالي فالواقعة التي تحقق وجوده هي عنصر جوهري فيه ، وليست أمراً عارضاً كالشرط . فالوصفي له قبل موت الموصي حقه مستقبل احتمالي ، والشفيع قبل بيع العقار المشفوع فيه حقه كذلك مستقبل احتمالي (٢) .

ومن ثم كان تصور حوالة الحق المستقبل أو الحق الاحتمالي أصعب من تصور حوالة الحق الشرطي . ومن ثم أيضاً ذهب القضاء الفرنسي ، في بعض أحكامه ، إلى وجوب أن تتحقق عناصر الحق الاحتمالي ولو تحققوا جزئياً ، حتى يكون هذا الحق قابلاً للحوالة (٣) .

(١) وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٢٨١ من تقنين الموجبات والمقود البناني صراحة على هذا الحكم ، فقضت بأنه « يجوز التفريغ عن حقوق مملوكة بظرف ما ، وإن تكن استقبالية محضة » . والنص الفرنسي العبارة الأخيرة هو ما يأتي : "quand bien même ils seraient purement éventuels" .

(٢) انظر آنفاً فقرة ١٦ .

(٣) فلا يجوز المؤلف أن ينزل عن حقوقه قبل الناشر إلا بعد إتمام عقد النشر ، ولا يجوز المقاول أن ينزل عن حقه قبل صاحب العمل إلا بعد إبرام الصفقة معه (بحكمة النقص الفرنسية ٧ أغسطس سنة ١٨٤٣ سيرة ٤٣ - ١ - ٧٧٥) .

وانظر بودري سينا فقرة ٧٦٠ - فقرة ٧٦٢ - أنسيكلوبيدي دالوز ١ cession de créancier فقرة ٧٠ - فقرة ٧٧ .

ولكن الفقه الفرنسي بوجه عام ، ومعه كثير من أحكام القضاء في فرنسا ، ذهب إلى جواز حوالة الحق الاحتمالي حتى قيل أن يتحقق أى عنصر من عناصره (١). وهذا هو رأى الصحيح ، فان التعامل فى الأشياء المستقبلية جائز ، والحوالة ليست إلا ضرباً من ضروب التعامل ، فتجوز تأسيساً على ذلك حوالة الحق المستقبل أو الحق الاحتمالي .

ويؤيد هذا الرأى فى التقنين المدنى المصرى نصان : (أولهما) المادة ٩٤٨ وتنص على أن « يسقط الحق فى الأخذ بالشفعة ... إذا نزل الشفع عن حقه فى الأخذ بالشفعة ولو قبل البيع » . فهنا النزول — وإن كان إسقاطاً لا حوالة — يرد على حق احتمالى . (والنص الثانى) المادة ١٠٤٠ وتقضى بأنه « يجوز أن يترتب الرهن ضماناً لدين معلق على شرط أو دين مستقبل أو دين احتمالى » . فهنا أيضاً للحق الاحتمالى كيان يسمح بأن يترتب له ضمان ، فيصح إذن أن يكون محلاً للتعامل (٢) . وقد ذهب القضاء فى مصر إلى جواز أن يحول مالك العقار مقدماً الربيع الذى ينتجه عقاره فى المستقبل ، وتكون هذه الحوالة سارية حتى فى حق الدائنين المقيدين قبل الحوالة (٣) . وذهب أيضاً إلى جواز أن يحول المقاول إلى أحد المصارف الأجرة التى تستحق له فى نظير الأعمال التى سيعهد بها إليه صاحب العمل ، وذلك ضماناً لحساب جار يفتحه له المصرف (٤) .

(١) أوربى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ ص ١٢٣ — هيك ١ فقرة ١٥٩ وفترة ١٧٥ — جيلوار ٢ فقرة ٧٥ — ديموج فى مقال له فى المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٠٥ و سنة ١٩٠٦ — قال فى تعليق له فى سيريه ١٨٩٦ — ٢ — ١٨٥ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١١٤ ص ٤٩٣ — ص ٤٩٤ — محكمة النقض الفرنسية ١٧ مارس سنة ١٨٩١ سيريه ٩٥ — ١ — ٤٤٤ — ٢٩ يونيو سنة ١٩٠٨ دالوز ١٩٠٨ — ١ — ٤٦٣ — ١٣ نوفمبر سنة ١٩٢٨ دالوز الأسبوعى ١٩٢٨ — ٦٠٥ .

(٢) انظر فى هذا المعنى الأستاذ شفيق شحاتة فى حوالة الحق فى قوانين البلاد العربية ص ١٨ — وقارن الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٢٤٧ — أما الموصى له فلا يجوز أن يتصرف فى الوصية قبل موت الموصى ، لجواز رجوع الموصى فى الوصية ، ولأن هذا تعامل فى تركة مستقبلية لم يجزه القانون كما أجاز الوصية .

(٣) استئناف مخطوط ٢٦ نوفمبر سنة ١٨٩٠ م ٣ ص ٢٧ .

(٤) استئناف مخطوط ٢٨ نوفمبر سنة ١٩١٢ م ٣٥ ص ٤٥ — ويجب إعلان هذه الحوالة لصاحب العمل حتى تنفذ فى حقه ، ولا يكتفى إعلانها لوكيل عنه تقتصر وكأنه على رقابة العمل ودفع الأقساط للمقاول (استئناف مخطوط ١٧ ديسمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ١٠٣) .

٢٥٢ - حوالة الحقوق الناشئة من عقود ملزمة للجانبين : في العقد

الملزم للجانبين يكون كل متعاقد دائناً ومديناً في وقت واحد . ففي عقد الإيجار مثلاً ، المستأجر دائن للمؤجر بتمكينه من الانتفاع بالعين المؤجرة ، ومدين له بالأجرة . وفي عقد التوريد ، المورد دائن بالثمن ، ومدين بتوريد ما تعهد بتوريده . وفي عقد المقاولة ، المقاول دائن بالأجرة ومدين بالعمل . وفي عقد التأمين ، المؤمن له دائن بمبلغ التأمين ، ومدين بالأقساط . وهكذا . فهل يجوز هؤلاء الدائنين المدينين أن يحولوا غيرهم ما لهم من حقوق ، مع استبقاء ما في ذمتهم من التزامات ؟ .

لاشك في أنه يجوز لهم ، في التقنين المدني الجديد ، بفضل حوالة الحق وحوالة الدين معاً ، أن يحولوا العقد كله للغير ، فيحولوا حقوقهم وفقاً لأحكام حوالة الحق ، ويحولوا ديونهم وفقاً لأحكام حوالة الدين (١) .

ولكن هل يجوز لدائن من هؤلاء أن يقتصر على حوالة حقه مع استبقاء الدين في ذمته ؟ وهل يجوز للمستأجر أن يحول حقه بالنسبة إلى العين المؤجرة ، مع استبقاء الأجرة في ذمته ؟ وهل يجوز للمورد أن يحول حقه في الثمن ، مع بقاءه ملتزماً بالتوريد ؟ وهل يجوز للمقاول أن يحول حقه في الأجرة ، مع بقاءه ملتزماً بالعمل ؟ وهل يجوز للمؤمن له أن يحول حقه في مبلغ التأمين ، مع بقاءه ملتزماً بدفع الأقساط ؟ .

في التقنينات التي تجيز حوالة الدين كما تجيز حوالة الحق ، كالتقنين المدني المصري الجديد ، لا تقوم حاجة عملية إلى حوالة الحق دون الدين ، فإن الأيسر على ذوى الشأن أن يحولوا الحقوق والديون جميعاً ، أى الالتزامات الناشئة من العقد الملزم من الجانبين . وقد نظم التقنين المدني المصري الجديد تنظيمها

(١) وهذا ما يسميه الفقه الحديث في الوقت الحاضر بحوالة العقد ، وحوالة العقد ليست إلا حوالة مجموع الحقوق والالتزامات الناشئة من هذا العقد (انظر في حوالة العقد لاب Lapp في حوالة العقد الملزم للجانبين تلخف خاص رسالة من سراسبوج سنة ١٩٥٠ - بلانيول وريبير ورمهان ٧ فقرة ١١٤٧ مكررة - وانظر الأستاذ شفيق شحاتة في حوالة الحق في قوانين البلاد العربية فقرة ٤٨ ص ٤٢ - الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٢٤٥ - وانظر في التقنين المدني الإصطال الجديد المواد ١٤٠٦ - ١٤١٠) .

تشريعاً حوالة أحد العقود الملزمة للجانبين ، وهو عقد الإيجار ، باسم التنازل عن الإيجار . فأجاز للمستأجر التنازل عن الإيجار ، ولكن أبقاه ضامناً لالتزامات التنازل له إلا إذا صدر من المؤجر قبول صريح بالتنازل أو استوفى الأجرة مباشرة من التنازل له دون أن يبدى أى تحفظ فى شأن حقوقه قبل المستأجر الأصلى (أنظر المواد ٥٩٣ و ٥٩٥ و ٥٩٧) مدنى (١) .

ولكن الحاجة العملية إلى الترخيص فى حوالة الحق دون الدين إنما تقوم فى التقنيات التى تنظم حوالة الحق دون أن تنظم حوالة الدين ، كالتقنين المدنى الفرنسى (٢) . فى هذه التقنيات لا يتيسر للمتعاقد ، وهو دائن ومدين فى وقت واحد ، أن يحول دينه ، فهل يستطيع مع ذلك أن يحول حقه ؟ دعا إلى التشكك فى هذا الأمر أن الحق والدين فى العقد الملزم للجانبين مرتبطان أحدهما بالآخر ارتباطاً وثيقاً ، حل بعض الفقهاء على القول بأنه لا فكاك بينهما ، وأنه لا يجوز فصلهما بتحويل أحدهما واستبقاء الآخر (٣) .

والصحيح أنه تجوز حوالة الحق دون الدين فى الأحوال المتقدمة الذكر . وإذا كان الحق والدين مرتبطين أحدهما بالآخر فى العقد الملزم للجانبين ، فليس معنى ذلك أنها غير قابلين للتجزئة (٤) . وغنى عن البيان أن حوالة الحق دون الدين جائزة فى التقنيات التى تنظم حوالة الدين كما تنظم حوالة الحق كالتقنين

(١) وقد ينظم التقنين تنظيمياً تشريعياً حوالة العقد الملزم للجانبين بما يفرضه من حقوق وديون ، حتى لو كان هذا التقنين لم ينظم حوالة الدين ، وذلك بفضل ما المشرع من سلطان تشريعى . وقد كان التقنين المدنى المصرى السابق لا ينظم حوالة الدين ، ومع ذلك نظم حوالة عقد الإيجار ، وأسماها هو أيضاً « التنازل عن الإيجار » .

(٢) وحتى فى التقنيات التى نظمت حوالة الدين كما نظمت حوالة الحق ، كما هو شأن التقنين المدنى المصرى ، قد تقوم الحاجة إلى الترخيص فى حوالة الحق دون الدين . ذلك أن المتعاقد ، فى عقد ملزم للجانبين ، يستطيع باعتباره دائناً أن يحول حقه دون رضا المتعاقد الآخر ، ولكنه باعتباره مديناً لا يستغنى عن رضا هذا المتعاقد الآخر فى تحويل دينه حتى تنفذ حوالة الدين فى حق دائنه . فإذا لم يكن المتعاقد الآخر راضياً بالحوالة ، فلا مناص من أن يكتفى المتعاقد الأول بحوالة الحق دون الدين .

(٣) ديمولوب ٢٤ فقرة ٢٨٢ .

(٤) بلافول وريير وروان ٧ فقرة ١١١٥ .

المدينى المصرى، وإذا كانت حوالة كل من الحق والدين جائزة في هذه التقنيات، فأولى أن تجوز حوالة الحق وحده .

٢٥٣ — حوالة الحقوق المتنازع فيها والحق الشخصى قابل للحوالة حتى لو كان حقاً ينازع فيه المدين . ويعتبر الحق متنازعا فيه إذا كان موضوعه قد رفعت به دعوى أو قام في شأنه نزاع جدى (١) .

وإذا كانت حوالة الحق المتنازع فيه بيعاً ، فقد اعتبر المشرع المشتري ، وهو يتصيد الحقوق المتنازع فيها ، مضارباً قد وصل في المضاربة حداً لا يحمده معه مسابرتها فيه . ومن ثم جعل للمدين الذى ينازع في هذا الحق أن يتخلص من مطالبة المشتري ، إذا هو رد إليه الثمن الحقيقى الذى دفعه — ويكون عادة ثمناً بخساً — مع المصروفات وفوائد الثمن من وقت الدفع (م ٤٦٩ مدينى) . إلا أنه استثنى من هذا الحكم حالات لا تتمحض فيها فكرة المضاربة ، بل يكون للمشتري في الصفقة التى عقدها مسوغ مشروع ، وذلك إذا كان الحق المتنازع فيه داخلاً ضمن مجموعة أموال يبيع جزافاً بثمن واحد ، أو إذا كان الحق المتنازع فيه شائعاً بين ورثة أو ملاك وباع أحدهم نصيبه للآخر، أو إذا نزل المدين للدائن عن حق متنازع فيه في ذمة أجنبى. وفاء للدين المستحق في ذمته ، أو إذا كان الحق المتنازع فيه يثقل عقاراً ويبيع الحق لحائز العقار (٢).

(١) استئناف مخطوط أول فبراير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٩٣ — وقد كان رضا المدين ضرورياً لانقضاء الحوالة في عهد التقنين المدينى الأهل السابق حتى لو كان الحق متنازعا فيه : نقض مدينى ١٩ يناير سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٥٥ ص ١٩٨ — استئناف مصر ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٢٨ المجموعة الرسمية ٣٠ رقم ٢٤ ض ٦١ — ٣١ مارس سنة ١٩٢٩ المجموعة الرسمية ٣٠ رقم ٨٣ ص ١٩٨ — ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٢٩ المضافة ١٠ رقم ١٤٥ ص ٢٩٣ — استئناف مخطوط ٦ يونيه سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٣٩٧ — ١٢ مايو سنة ١٩٢١ م ٣٣١ ص ٣٣١ .

(٢) وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٢٨١ من تقنين الموجبات والمقود البناني على ما يأتى : « ويصح التفريغ عن حق متنازع عليه أقيمت دعوى الأساس في شأنه بشرط أن يرضى المدينون الذى تفرغ الدائن عن دينه . وتبقى مفاعيل هذا التفريغ خاضعة من حيث الصلاحية لأحكام المادة الثالثة من القانون الصادر في ١٧ شباط سنة ١٩٢٨ . على أنه لا يمكن التلصص من المتفرغ له حين يكون لديه سبب مشروع في إحرازه الحقوق المتنازع عليها كأن يكون وارثاً مع المتفرغ —

ولما كان بيع الحقوق المتنازع فيها ليس خاصا بالحقوق الشخصية ، بل هو عام يشمل الحقوق الشخصية والحقوق العينية على السواء . متى كانت حقوقاً متنازعة فيها على النحو الذى أسلفنا ذكره ، ثم هو مقصور على عقد البيع ، فإن هذه المسألة تخرج عن نطاق بحثنا ، فنكتفى هنا بما قدمناه ، وسنبعث المسألة في تفصيل أوفى عند الكلام في البيع .

٢٥٤ - **الحقوق العينية لا تكون محلاً لحالة الحق** : وقد قدمنا أن الحق الذى يكون محلاً للحالة لا بد أن يكون حقاً شخصياً . أما الحقوق العينية فتنتقل من صاحبها إلى غيره بطرق وإجراءات أخرى غير الطرق والإجراءات التى تتبع في حالة الحقوق الشخصية .

وأهم فرق بين الحق العيني والحق الشخصى في هذا الصدد أن الحق العيني لا يتعلق بذمة مدين معين بالذات ، ومن ثم يتم نقله وينفذ بالاتفاق بين صاحب الحق ومن يتعاقد معه . أما النفاذ في حق الغير ، فلا يمكن أن يكون ذلك بإعلان الاتفاق إلى مدين معين كما هو الشأن في حالة الحق ، ولكن بإجراءات أخرى . فإذا كان الحق العيني واقعاً على عقار ، حلت إجراءات التسجيل أو القيد محل إجراءات الإعلان . أما إذا كان الحق العيني واقعاً على منقول ، فإن القاعدة التى تقضى بأن الحيازة في المنقول سند الملكية من شأنها أن تكفل لمن حاز المنقول حقه قبل الغير (١) .

= أو شريكاً له في ملك أو دائناً له = . ويبدو من هذا النص أنه يجوز المحال عليه « التملك » من الحق المتنازع فيه بدفعه الثمن والفوائد والمصروفات ، ما لم يوجد عند المتفرغ له سبب مشروع في شرائه الحق المتنازع فيه ، كأن يكون وارثاً مع المتفرغ أو شريكاً له في ملك أو دائناً له كما يذكر النص . ومع ذلك فإن الدكتور صبحي المحمصاني في انتقال الالتزام في القانون المدني اللبناني ص ٣٨ .

(١) بودرى وسينيا فقرة ٧٣٥ . وقد جاء في المادة ٢٨٦ من تقنين الموجبات والمقود اللبناني أن قواعد الحوالة « لا تطبق على التفرغ عن دين الدائن فقط ، بل تطبق أيضاً على التفرغ عن الحقوق بوجه عام ، إلا إذا كان في القانون نص مخالف ، أو كان في مابعية الحق ما يمنع تطبيقها » . ويقول الدكتور صبحي المحمصاني في هذا الصدد : « ولكن القانون اللبناني ، خلافاً لسائر القوانين العربية ، اعتبر قواعد حوالة الحق التى وضعها عامة تشمل أيضاً حوالة =

٥ ٢ - الاستثناءات - الحالات التي يكون فيها الحق

الشخصي غير قابل للحالة

٢٥٥ - متى يكون الحق الشخصي غير قابل للحالة: قدمنا أن المادة

٣٠٣ مدني تقضي بأن الأصل في الحق الشخصي أن يكون قابلاً للحالة، إلا إذا حال دون ذلك نص القانون أو اتفاق المتعاقدين أو طبيعة الالتزام، وأن المادة ٣٠٤ مدني تقضي بأنه لا تجوز حوالة الحق إلا بمقدار ما يكون منه قابلاً للحجز. فالحق الشخصي لا يكون إذن قابلاً للحالة: (١) إذا كانت طبيعته تستعصي على الانتقال من دائن إلى دائن. (٢) إذا نص القانون على عدم قابليته للحالة، ويعتبر النص على عدم قابلية الحق للحجز نصاً على عدم قابليته للحالة. بحكم المادة ٣٠٤ مدني. (٣) إذا اتفق المتعاقدان على أن الحق لا يجوز تحويله (١).

٢٥٦ - حرّم القابلية للحالة بسبب طبيعة الحق: قد يكون الحق

بسبب طبيعته متصلاً اتصالاً وثيقاً بشخص الدائن، فلا يمكن في هذه الحالة أن

= جميع الحقوق. فنص على أن القواعد المتقدم ذكرها لا تطبق على التفرغ من دين الدائن فقط، بل تطبق أيضاً على التفرغ من الحقوق بوجه عام، إلا إذا كان في القانون نص يخالف أو كان في ماهية الحق ما يمنع تطبيقها: م ٢٨٦. ومن أمثلة الحقوق التي وضع لها القانون أحكاماً خاصة الحقوق العينية التي لا تنتقل إلا بتسجيلها في السجل العقاري وحقوق الملكية الصناعية والتجارية والفنية والأدبية التي يجب تسجيلها في الدائرة المختصة وما أشبه: (انتقال الالتزام في القانون المدني اللبناني ص ٢٣ — ص ٢٤). والظاهر أن نص التقنين اللبناني مأخوذ من المادة ٤١٣ من التقنين المدني الألماني (انظر في التطبيق على هذه المادة التطبيقات على التقنين المدني الألماني جزء أول م ٤١٣ ص ٥٩٦ — ص ٥٩٧). وانظر الأستاذ شفيق شحاتة في حوالة الحق في قوانين البلاد العربية ص ٨ — ص ٩.

أما الحقوق العينية التبعية، كالرهن والاختصاص والامتياز، فننتقل تبعاً للحق الشخصي إلى من حوله لهذا الحق، مع التأثير في القيد ليكون الانتقال نافذاً في حق الغير (استئناف مخطوط ٢٦ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٦٠ — ٢ مارس سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٢٦٩).

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣

ص ١١٢ — ص ١١٤.

ينزل عنه إلى شخص آخر . من ذلك حق الدائن في النفقة ، وحقه في التعويض عن الضرر الأدبي الذي لحق به ما دام لم يتحدد التعويض بمقتضى اتفاق أو يطالب به الدائن أمام القضاء (م ٢٢٢ / ١ مدني) . كذلك يعتبر حق الشريك في شركة الأشخاص ، وحق المزارع في المزارعة ، وحق المستأجر في إيجار اعتبر في شخصيته ، ونحو ذلك من العقود المنظور فيها إلى شخصية المتعاقد (intuitu personae) ، كل هذه حقوق لا يجوز للدائن تحويلها إلى شخص آخر .

٢٥٧ - حرمة قابلية الحي للموالاتة بمعنى في القانون أو لعدم قابليته للمجهز

هناك حقوق شخصية غنى القانون بالنص صراحة على عدم جواز حوالاتها ، لاعتبارات ترجع في الغالب إلى أنها تتصل اتصالاً وثيقاً بشخص الدائن .

من ذلك حق المستعير في استعمال الشيء المعار ، فقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٦٣٩ مدني على أنه لا يجوز للمستعير « دون إذن الميعر أن ينزل عن الاستعمال للغير ولو على سبيل التبرع » .

ومن ذلك حق المستأجر في الانتفاع بالعين المؤجرة . فقد نصت قوانين الإيجار الاستثنائية على عدم جواز تنازل المستأجر عن حقه في الإيجار بغير إذن كتابي صريح من المالك وإلا جاز للمؤجر طلب الإخلاء (القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ المادة الثانية) ، وذلك لأن المشرع قد ضمن للمستأجر شخصياً السكن بأجرة مخفضة فلا يجوز لهذا اتخاذ هذه الميزة وسيلة للاستغلال بالنزول للغير عن الإيجار (١) .

ومن الحقوق التي لا تقبل الحوالة لطائفة معينة من الأشخاص ما نصت عليه المادة ٤٧١ مدني من أنه « لا يجوز للقضاء ولا لأعضاء النيابة ولا للمحامين

(١) الأستاذ سليمان مرقس في شرح قانون إيجار الأماكن طبعة ثانية فقرة ٤٩ ص ١٠٧ -
وعلى العكس من ذلك ، قد يباح للمستأجر في حالات استثنائية أن ينزل عن الإيجار ولو كان ممنوعاً من ذلك بشرط في العقد . فقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٥٩٤ مدني على أنه « إذا كان الأمر خاصاً بإيجار عقار أنشئ به مصنع أو متجر ، واقتضت الضرورة أن يبيع المستأجر هذا المصنع أو المتجر ، جاز للمحكمة ، بالرغم من وجود الشرط المانع ، أن تقضي بإبقاء الإيجار ، إذا قدم المشتري ضماناً كافياً ولم يلحق المؤجر من ذلك ضرر محقق » .

ولا لكتبه المحاكم أن يشتروا ، لا بأسائهم ولا باسم مستعار ، الحق المتنازع فيه كله أو بعضه ، إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها ، وإلا كان البيع باطلاً . فتحرير الحوالة هنا مقصور على عمال القضاء .

وقد قلنا أن هناك حقوقاً تأتي طبيعتها أن تقبل الحوالة . وقد يتولى القانون بنص منه بيان هذه الحقوق . من ذلك ما نصت عليه المادة ٦٢٥ مدني من أنه « لا يجوز في المزارعة أن ينزل المستأجر عن الإيجار أو يؤجر من الباطن إلا برضاء المؤجر » . ومن ذلك ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة ٢٢٢ مدني من أنه « يشمل التعويض الضرر الأدبي أيضاً ، ولكن لا يجوز في هذه الحالة أن ينتقل إلى الغير إلا إذا تمحدد بمقتضى اتفاق أو طالب الدائن به أمام القضاء » .

ويلحق بالحقوق غير القابلة للحوالة بنص القانون الحقوق غير القابلة للحجز عليها بنص القانون ، وذلك بمقتضى المادة ٣٠٤ مدني كما سبق القول . من ذلك ما نصت عليه المادة ٤٨٦ مرافعات من أنه « لا يجوز الحجز على ما يحكم به القضاء من المبالغ المقررة أو المرتبة مؤقتاً للنفقة أو للصرف منها في غرض معين ، ولا على المبالغ والأشياء الموهوبة أو الموصى بها لتكون نفقة ، إلا بقدر الربع وفاء لدين نفقة مقررة » . ومن ذلك ما نصت عليه المادة ٤٨٨ مرافعات من أنه « لا يجوز الحجز على أجور الخدم والصناع والعمال أو مرتبات المستخدمين إلا بقدر الربع ، وعند التزامهم يخصص نصفه لوفاء ديون النفقة المقررة والنصف الآخر لما عداها من الديون » . ومن ذلك ما قضى به القانون من عدم جواز الحجز على مرتبات الموظفين والمستخدمين إلا بقدر الربع في نفقة أو في دين مستحق للحكومة بسبب الوظيفة (١) . وغنى عن البيان أن الحق الذي يكون

(١) وقد ربط القانون في الحقوق الشخصية بين عدم القابلية للحجز وعدم القابلية للحوالة ، وهذا بخلاف الحقوق العينية ، فإن الأصل العام فيها أن لا يجوز الحجز عليه من الأموال يجوز مع ذلك التصرف فيه . وينبئ على أن الحق الشخصي غير القابل للحجز لا يكون قابلاً للحوالة أن المبالغ المودعة في صندوق التوفير تصبح غير قابلة للحوالة ، لأن الحجز عليهما ممنوع بنص القانون (الأستاذ شفيق شحاتة في حوالة الحق في قوانين البلاد العربية ص ٢٠) . وانظر : استئناف مختلط ٢٥ مارس سنة ١٨٩٦ م ص ١٧١ - ٢٧ نوفمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٣٠ . وقارن الأستاذين أحمد نجيب الملل وحامد زكي في البيع فقرة ٦١٨ ص ٥٥٦ وص ٥٥٧ .

غير قابل للحجز عليه في شق منه فحسب ، لا تمتنع حوالة إلا في الحدود التي يكون فيها غير قابل للحجز (١) .

٢٥٨ - عزم قابلية الحق للحوالة باتفاق المتعاقدين : وقد يتفق

المتعاقدان ، الدائن والمدين ، على أنه لا يجوز للدائن حوالة الحق الذي في ذمة المدين ، أو على أن الحوالة لا تجوز إلا برضاء المدين . ولما كانت قابلية الحق للحوالة ليست من النظام العام ، فإن الاتفاق على عدم قابليته للحوالة جائز (٢) .

من ذلك اشتراط المؤجر على المستأجر ألا ينزل عن الإيجار لغيره ، وتنص المادة ٥٩٣ مدني في هذا الصدد على ما يأتي : « للمستأجر حق التنازل عن الإيجار أو الإيجار من الباطن ، وذلك عن كل ما استأجره أو بعضه ، مالم يقض الاتفاق بغير ذلك » (٣) .

- (١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١١٤ .
 (٢) وكذلك كان الاتفاق — في عهد التقنين المدنى الأهل السابق حيث كانت الحوالة لا تمنع إلا برضاء المدين — على أن الحق يكون قابلاً للحوالة دون رضاء المدين اتفاقاً جائزاً، وكان النص في سند الدين على أنه تحت إذن الدائن يعد رضاه مقبلاً بقبول الحوالة . انظر في ذلك :
 بنى سويف ٢٩ مارس سنة ١٨٩٠ الحقوق ٥ ص ٥٠ — الاسكندرية ١١ نوفمبر سنة ١٨٩٧
 القضاء ٥ ص ٧٧ — جرجا ٢٤ مايو سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٢٢ رقم ١٠٦ ص ١٦٩ —
 طنطا ٥ مارس سنة ١٩٢٣ أمحامة ٣ رقم ٣٤٩ ص ٤١٨ — بنى سويف ٢٨ يونيو سنة ١٩٣٠
 المحاماة ١٢ رقم ٤٣٩ ص ٨٨٨ — استئناف مختلط ١١ فبراير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٣٦ —
 أول مارس سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٤٦ — ٢٧ مارس سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٨٤ —
 ٢٥ أبريل سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٣١١ — ٧ نوفمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ١٢ — ١٥ مايو
 سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٩ — ١١ فبراير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٢٠ — ٣٠ يونيو
 سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٥٢٤ — ٢٥ مارس سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٠٩ — ١٧ نوفمبر
 سنة ١٩٢٦ م ٣٩ ص ١٣ — ٢٢ مارس سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٢٤٥ — ١٤ يونيو
 سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤٣٢ — ١٣ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ١٠٩ — ٢٨ يناير
 سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٣٠ — ٢٨ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٣٨ — ١٣ مايو سنة ١٩٣٠
 م ٤٢ ص ٤٩٨ — ١٣ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٩٠ — ٤ فبراير سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٩١ .
 (٣) انظر أيضاً استئناف مختلط ١٨ يونيو سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٢٤٥ ، ويقضى الحكم
 بعدم جواز حوالة ما تودعه الشركة لحساب المستخدم في صندوق الادخار تحت شرط عدم جواز
 حوالة (الأستاذ شفيق شحاتة في حوالة الحق في قوانين البلاد العربية ص ٢١ حاشى رقم ١) .

وبعد أن جعل التمثين المدني الجديد حوالة الحق جائزة بغير رضا المدين ، أصبح للمدين ، إذا كان لا يريد الحوالة دون رضائه ، أن يشترط في عقد الاتفاق على المدين منذ البداية عدم جواز حوالة هذا الحق . وهذا الشرط جائز معتبر ، لأن النظام العام ، كما قدمنا ، لا يقتضى منعه (١) . وهذا بخلاف حق التصرف في الحقوق العينية ، فإن النظام العام يقتضى التضييق من منع التصرف فيها حتى يسهل تداول الأموال (٢) . ومن ثم كان شرط منع التصرف في المال مقيداً بوجوب قيامه على باعث مشروع وبقصره على مدة معقولة . وقد نصت المادة ٨٢٣ مدني في هذا الصدد على ما يأتي : ١٥ - إذا تضمن العقد أو الوصية شرطاً يقتضى بمنع التصرف في مال ، فلا يصح هذا الشرط ، ما لم يكن مبنياً على باعث مشروع ومقصوراً على مدة معقولة . ٢ - ويكون الباعث مشروعاً متى كان المراد بالمنع من التصرف حماية مصلحة مشروعة للمتصرف أو للمتصرف إليه أو للغير . ٣ - والمدة المعقولة يجوز أن تستغرق مدى حياة المتصرف أو المتصرف إليه أو الغير (٣) .

ومن أمثلة عدم جواز الحوالة بموجب الاتفاق على ذلك عدم جواز التزول من الاشتراك في السكة الحديدية وعدم جواز التزول من تذكرة الإياب إذا أخذ المسافر تذكرة ذهاب وإياب معاً (الاستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٧٢١) .

(١) ويبدو أن شرط عدم جواز الحوالة يدخل ضمن الدفع التي يستطيع المدين أن يتمسك بها ضد المالح له كما يتمسك بها ضد المحيل ، ولو لم يكن المالح له عالماً بالشرط (٣١٢ م مدني) . وقد كان المالح له يستطيع ، قبل التصاقه على الحوالة ، أن يستلم من المدين عن الدفع التي له ضد الحق الذي يراد تحويله ، فإن كتم المدين عنه شيئاً من هذه الدفع ، أو لم يخبره أن الحق مشروط فيه بعدم جواز حوالاته غشاً منه ، فمنه ذلك لا يمتد بعدم قابلية الحق للحوالة ، لا لأن شرط عدم جواز الحوالة غير سار في حق المالح له ، بل للفشل الذي ارتكبه المدين (قارن الأستاذ عبد الحى حجازي ص ٣ من ٢٤٩) .

(٢) المقصود بالمال هنا الملكية والحقوق العينية دون الحقوق الشخصية . ذلك أن من ينشئ حقاً شخصياً له أن ينشئ على الوجه الذي يرضيه ، فالحق لم يكن موجوداً قبل إنشائه ، فله أن يوجهه غير قابل للحوالة . أما من ينقل حقاً عينياً ، فإنه يتعامل في شيء موجود في التداول ، وليس من حقه أن يفيد من تداوله إلا لسرع مشروع ولدة معقولة .

(٣) قارن الأستاذ شفيق شحاتة في حوالة الحق في قوانين البلاد العربية ص ٢١ .

الفرع الثانى

التراضى فى حوالة الحق

٢٥٩- **النصوص القانونية:** رأينا أن المادة ٣٠٣ من التقنين المدنى

تنص على أنه « يجوز للدائن أن يحول حقه إلى شخص آخر . . . وتم الحوالة دون حاجة إلى رضا المدين » .

وتنص المادة ٣٠٥ على ما يأتى :

« لا تكون الحوالة نافذة قبل المدين أو قبل الغير إلا إذا قبلها المدين أو أعلن بها . على أن نفاذها قبل الغير بقبول المدين يستلزم أن يكون هذا القبول ثابت التاريخ » (١) .

وتقابل هذه النصوص فى التقنين المدنى السابق المادة ٣٤٩ أهلى والمواد ٤٣٥-

٤٣٧ مختلط (٢) .

(١) تاريخ النصوص :

م ٣٠٣ : سبق إيراد تاريخها (انظر آنفاً فقرة ٢٤٩ فى الهامش) .

م ٣٠٥ : ورد هذا النص فى المادة ٤٣٠ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما هنا بعض فروق لفظية طفيفة . وعدل النص فى لجنة المراجعة بحيث أصبح مطابقاً مطابقة تامة لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وصار رقه ٣١٧ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٣٠٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١١٦ — ص ١١٧) .

(٢) التقنين المدنى السابق م ٣٤٩ أهلى : لا تنتقل ملكية الديون والحقوق الميعة ، ولا يعتبر بينهما صحيحاً ، إلا إذا رضى المدين بذلك كتابة . فإن لم توجد كتابة مشتملة على رضا المدين بالبيع ، لا تقبل أوجه ثبوت عليه غير التمين . وزيادة على ذلك لا يصح الاحتجاج بالبيع على غير المتعاقدين ، إلا إذا كان تاريخ الورقة المشتملة على رضا المدين به ثابتاً بوجه رسمى ، ولا يسوغ ذلك الاحتجاج إلا من التاريخ المذكور فقط ، وكل هذا بدون إخلال بأصول التجارة فيما يتعلق بالسندات والأوراق التى تنتقل الملكية فيها بتحويلها .

م ٣٥٥ مختلط : تنتقل ملكية الحق المبيع من البائع إلى المشتري بمجرد تراضيهما .

م ٣٦٦ مختلط (مدلة بذكره ٢٦ مارس سنة ١٩٠٠) : تنتقل الملكية بالنسبة لغير المتعاقدين : (أولاً) بإعلان المدين بتحويل ما عليه من الدين إعلاناً رسمياً . (ثانياً) بقبول -

وتقابل في التقنيات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري

—المدن الحوالة بكتابة مؤرخة تاريخاً ثابتاً بوجه رسمي، ولا يسرى مفعول الانتقال إلا من ذلك التاريخ فقط . أما بالنسبة للمدين فيعتبر الانتقال من تاريخ قبوله ، ولو لم يكن ذلك التاريخ ثابتاً بوجه رسمي ، وكل هذا بدون إخلال بأصول التجارة في حق الحوالة في السندات والأوراق التجارية . ومع ذلك فالمصداقات المدنية المحضة بين الأهالي لا يجوز تحويلها إلا برضاء المدين ، ولا يثبت الرضاء إلا بالكتابة أو بالنسبة للمدين .

م ٤٣٧ م : مختلط : في المواد التجارية ، تحويل الدين الذي لم يكن بسند تجاري يكون محتسماً بالنسبة للغير إذا ثبت إعلان التحويل للمدين أو قبوله له بمقتضى دفاتر محررة حسب القانون أو بأوجه الثبوت المقبولة في المواد التجارية .

وظاهر من هذه النصوص أن التقنين المدني السابق قد وضع حوالة الحق في باب البيع اعتباراً بما يقع غالباً في العمل ، مفتقياً في ذلك أثر التقنين المدني الفرنسي (انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٠٩) .

وقد اشترط التقنين المدني الأهل السابق في انقضاء حوالة الحق رضاء المدين ، وجعل إثبات هذا الرضاء لا يكون إلا بالكتابة أو بالإقرار أو باليمين . وكان هناك رأى خاطئ ، شاع في الفقه والقضاء في مصر ، يرجع هذا الشرط إلى الشريعة الإسلامية وإلى أنها هي أيضاً تشترط في حوالة الحق رضاء المدين (استئناف أهل ٦ ديسمبر سنة ١٨٩٤ الحقوق ٩ ص ٣٤٩ — استئناف مختلط ٥ يناير سنة ١٨٩٣ م ٤ ص ٩١ — ١٦ مارس سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ١٩٩) . والصحيح أن الفقه الإسلامي في أكثر مذاهبه ، كما قد سنا ، لا يعرف حوالة الحق ، والمقصود بالحوالة فيه حوالة الدين . فنقل المشرع الأهل شرط رضاء المدين في حوالة الدين في الفقه الإسلامي (مع أنه ليس بشرط حتى) إلى حوالة الحق . انظر في ضرورة إثبات رضاء المدين بالكتابة في التقنين الأهل السابق : استئناف مختلط ٣ نوفمبر سنة ١٩٣٨ م ٥١ ص ٩ — وفي جواز أن يكون رضاء المدين بالحوالة مقدماً وقت نشوء الدين وبأن الحكم الصادر بثبوت هذا الدين يكون هو أيضاً قابلاً للحوالة دون رضاء جديد من المدين : نقض مدني ٢٩ مارس سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٣٠ ص ٦١٣ — وفي عدم ضرورة رضاء المستأجر عندما يخلف المشتري المؤجر في حقوقه قبل المستأجر : نقض مدني ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ٢٠٧ ص ٤٩٦ — وفي ضرورة رضاء المدين حتى في حوالة الحق المتنازع فيه : نقض مدني ١٩ يناير سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٥٥ ص ١٩٨ — وفي ضرورة رضاء المدين حتى لو كان الحق المحال به قد صدر به حكم : نقض مدني ٢٥ أبريل سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٥٣ ص ١٧٨ — ٧ مايو سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٤٧ ص ٩٧٣ — استئناف مصر ٢٧ يناير سنة ١٩٢٣ المحاماة ٤ رقم ٣٣ ص ٣٩ — أول يناير سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٠ رقم ٢٧٣ ص ٥٥٠ — ٢١ مارس سنة ١٩٤٣ المجموعة الرسمية ٤٣ رقم ٩ ص ٢٢١ — استئناف مختلط ٧ فبراير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٢١١ — ٢١ مارس سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٢١ — ٢١ يناير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٣٤ — ١٥ فبراير سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١٥٠ — ٤ يونيو سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٢٢٦ .

م ٣٠٢ و ٣٠٥ - وفي التقنين المدني الليبي م ٢٩٠ و ٢٩٢ - وفي التقنين المدني العراقي م ٣٦٢ - ٣٦٣ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المواد ٢٨٠ و ٢٨٢ - ٢٨٣ (١) .

- وقد عدل التقنين المدني الجديد عن مذهب التقنين الأهل السابق، ولم يشترط رضا المدين في انعقاد حوالة الحق، بل ذكر صراحة، كما رأينا، أن هذه الحوالة تتم دون حاجة إلى رضا المدين، مقتدياً في ذلك بالتشريعات الحديثة (انظر المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١١٣ - الموجز للمؤلف فقرة ٥١٥) .

أما التقنين المدني المختلط السابق فلم يكن، كما هو واضح من نص المادة ٤٣٥ منه، يشترط رضا المدين لانعقاد حوالة الحق، بل كان يكفي تراضى الدائن الأصل والدائن الجديد. وقد صدر دكرتو ٢٦ مارس سنة ١٩٠٠ يحمل العبارة، في عهد التقنين المدني السابق، بنشوء الحق، فإن نشأ بين وطنيين وجب رضا المدين ولو كانت الحوالة لأجنبي، وإن نشأ بين أجنبيين أو بين مصري وأجنبي فلا يجب رضا المدين ولو كانت الحوالة لمصري (الموجز للمؤلف فقرة ٥١٧ - الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٧٢٤ - الأستاذ أحمد نجيب الحلالي في البيع فقرة ٦٢٩ فقرة ٦٢٢ - استئناف أهل ٢٥ أغسطس سنة ١٨٩٠ المحقوق ٥ ص ٢٣١ - استئناف مختلط ٥ يناير سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ٩١ - ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٠١ م ١٤ ص ٢٨ - ١١ ديسمبر سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ٤٢) .

ويظهر مما قلناه أن التقنين المدني الجديد لم يغير في نظام حوالة الحق بالنسبة إلى الحقوق التي كانت خاضعة لنظام التقنين المختلط، فكل حق نشأ بين مصري وأجنبي أو بين أجنبيين قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ كان، ولا يزال، في غير حاجة إلى رضا المدين في انعقاد حوالاته. أما الحقوق التي نشأت بين وطنيين قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩، فهذه تبقى في حوالاتها خاضعة لتقنين المدني الأهل السابق، ومن ثم يكون رضا المدين ضرورياً في انعقاد الحوالة. وما نشأ من الحقوق منذ ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ أياً كان طرفا الدين، مصريان أو أجنبيان أو مصري وأجنبي - يخضع لتقنين المدني الجديد، فلا يكون رضا المدين ضرورياً في انعقاد حوالاته.

(١) التقنيات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٣٠٣ و ٣٠٥ (مطابقتان لمادتين ٣٠٣ و ٣٠٥ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٢٩٠ و ٢٩٢ (مطابقتان لمادتين ٣٠٣ و ٣٠٥ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٣٦٢ و ٣٦٣ (مطابقتان لمادتين ٣٠٣ و ٣٠٥ من التقنين المدني المصري) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٢٨٠ (سبق إيرادها انظر فقرة ٢٤٩ في الماش) .
م ٢٨٢ : يتم التفرغ بين المصالحدين منذ حصول الاتفاق بينهم، إلا إذا كان هذا التفرغ جانياً فيستلزم يجب أن تراضى قواعد الشكل المختصة بالهبة بين الأحياء .
- (م ٣٠ - الوسيط)

ويتبين من هذه النصوص أن الحوالة تم بترضى المحيل والمحال له دون حاجة إلى رضا المدين (المحال عليه) . ولكن لا تنفذ في حق المحال عليه إلا إذا قبلها أو أعلن بها ، ولا في حق الغير إلا من تاريخ إعلان المحال عليه أو من التاريخ الثابت لقبوله .

فتبحث أمرين : (١) انعقاد الحوالة (٢) نفاذ الحوالة في حق المدين (المحال عليه) وفي حق الغير .

§ ١ - انعقاد الحوالة

٣٦٠ - تراضى المحيل والمحال له طاف في انعقاد الحوالة - لإمارة

إلى رضا المدين : يكفى في انعقاد الحوالة تراضى المحيل والمحال له ، أى الدائن الأصلي والدائن الجديد . فإذا رضى الدائن الأصلي أن يحول حقه الذى فى ذمة مدينه إلى شخص آخر ، وقبل هذا الشخص الآخر ، فقد انعقدت الحوالة ، وصار الدائن الأصلي محيلاً والدائن الجديد محالاً له ، وكل ذلك دون حاجة إلى رضا المدين الذى فى ذمته الحق ، بل يصبح هذا بانعقاد الحوالة محالاً عليه . وهذا ما تنص عليه صراحة المادة ٣٠٣ مدنى كما رأينا ، مجانية فى ذلك مذهب التقنين الأهل السابق حيث كان يشترط رضا المدين ، ومتماشية مع التقنين المختلط السابق وسائر التقنينات الحديثة حيث لا يشترط هذا الرضاء (١) .

م ٢٨٢ : إن الانتقال لا يمد موجوداً بالنظر إلى شخص ثالث ، ولا سيما بالنظر إلى المدين الذى تفرغ الدائن عن دينه ، إلا بإبلاغ هذا التفرغ إلى المدين أو بتصريح المدين فى وثيقة ذات تاريخ سجل بأنه قبل ذلك التفرغ . وما دامت إحدى هاتين المعاملتين لم تتم ، يصح للمدين أن يبرئه ذمته لدى المتفرغ . وإذا كان المتفرغ قد أجرى فرائض متسايمين للمدين واحد ، فالمتفرغ له الذى سبق إلى العمل بمقتضى القانون يفضل على الآخر ، حتى لو كان تاريخ عقده أحدث عهداً .

وهذه الأحكام تتفق مع أحكام التقنين المدنى المصرى (انظر فى وضع المحال عليه فى التقنين البنائى وفى أنه يعتبر من الغير الدكتور صبرى الحمصافى فى انتقال الالتزام فى القانون المدنى البنائى ص ٢٣) .

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١١٢ .

والسبب في عدم الحاجة إلى رضاء الدين أن انتقال الحق من دائن إلى آخر ليس من شأنه الإضرار بالمدين إضراراً يستوجب تخيم رضائه لانقضاء الحوالة .
ففي أكثر الأحوال يستوى لدى المدين أن يطالبه شخص أو آخر بالدين الذي في ذمته . وفي أحوال قليلة قد يعنى المدين أن يطالبه دائنه الأصلي دون أى شخص آخر ، لأنه إنما تعامل معه ، أو لاحتمال أن يكون غيره أشد إلحافاً في المطالبة .
ولكن الضرر الذي ينجم عن ذلك أقل بكثير من الضرر الذي يصيب الدائن من جراء منعه من حوالة حقه عندما تقوم به الحاجة إلى ذلك ، أو عندما يرى في ذلك فائدة . وما على المدين ، وقت نشوء الدين ، إذا كان يحرص ألا يتغير عليه دائنه ، إلا أن يتفق مع الدائن على عدم جواز الحوالة إلا برضائه ، وقد تقدم القول في ذلك . أما نفاذ الحوالة في حق المدين فلا يكون إلا برضائه أو باعلانه كما سيأتى (١) .

٢٦١ - الحوالة اتفاق رضائي لا يشترط فيه شكل خاصي الا

في المربة : والحوالة ، ما لم تكن هبة صريحة ، اتفاق رضائي (٢) . فلا يشترط

(١) أما في حوالة الدين فتغير المدين على دائنه أشد خطراً ، إذا أن قيمة الدين تتوقف إلى حد كبير على شخص المدين وملازمته ومبلغ مسارعة إلى الوفاء بما في ذمته من الديون ، ومن ثم كان شأن الدائن في حوالة الدين أهم من شأن المدين في حوالة الحق كما سئى .
هذا ويصح أن ينقل الدائن حقه إلى آخر بطريق الوصية ، والوصية تصرف قانوني كالحوالة . وفي هذه الحالة تتبع أحكام الوصية لا أحكام الحوالة ، فتم الوصية بالحق بإرادة الموصي وحده ، وتكون قابلة الرجوع فيها إلى أن يموت ، وتترد برد الموصى له ، ولا تنفذ إلا في ثلث التركة ، إلى غير ذلك من أحكام الوصية . ولكن متى انتقل الحق بالوصية إلى الموصى له ، أصبح هو الدائن مكان الموصي ، وصار خلفاً خاصاً على هذا الحق ، شأنه في ذلك شأن المالك له في الحوالة ما بين الأحياء ، لا سيما في الحوالة التي تم بطريق الهبة .

انظر في انتقال الحق الشخصي من دائن إلى آخر ، لا عن طريق تصرف قانوني كالحوالة والوصية والحلول الاتفاقى ، بل عن طريق واقعة مادية كالميراث والحلول القانوني ، وكذلك في التزام الدائن لإحلال دائنه محله في بعض الأحوال كما إذا باع وارث المودع عنده الشيء المودع وهو حسن النية فعليه للمالك التنازل له عن حقوقه قبل المشتري (م ٧٢٣ مدني) : الأستاذ شفيق شعاع في حوالة الحق في قوانين البلاد العربية ص ١٠ — ص ١١ .

(٢) استئناف مختلط ٢٠ نوفمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٤٠ — ١٨ يونيو سنة ١٩٤٠

لانتقادها شكل خاص ، بل تتعقد بمجرد توافق الإيجاب والقبول (١) ، ومن ثم لا يوجد ما يمنع من حوالة حق غير ثابت بالكتابة (٢) . وقد كان المشروع التمهيدى يشتمل على نص فى هذا المعنى ، هو المادة ٤٢٨ من هذا المشروع ، وكانت تجرى على الوجه الآتى : ١ - لا يشترط فى انتقاد الحوالة شكل خاص ، حتى لو كان الحق المحال به مضموناً برهن رسمى أو بأى عيني آخر . ٢ - ولكن لا يجوز التمسك قبل الغير بحوالة تأمين عيني إلا إذا حصل التأشير بذلك على هامش القيد الأصلى لهذا التأمين (٣) . وقد حذف هذا النص فى لجنة المراجعة ، « لأن الفقرة الأولى منه يمكن استخلاصها من القواعد العامة ، ولأن الفقرة الثانية ورد حكمها فى مكان آخر (٤) » . وغنى عن البيان أنه إذا لم يؤشر بالحوالة فى هامش القيد الأصلى للتأمين ، وانتقلت العين المرهونة إلى حائز ، جاز

-
- (١) واستخلاص قيام الحوالة مسألة واقع لا تخضع لرقابة محكمة للنقض (نقض مدنى ١٩ نوفمبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر ١ رقم ٦ ص ١٤) .
- (٢) بلانيول وريبير ودوان ٧ فقرة ١١١٦ ص ٤٩٦ — وانظر آنفاً فقرة ٢٥٠ .
- (٣) انظر فى أن حوالة الحق المضمون برهن رسمى أو بلى تأمين عيني آخر تم بمقد رضائى ، والتأشير على هامش القيد الأصلى للتأمين إنما هو التمسك به قبل الغير : استئناف مختلط ٣٠ مايو سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٣٤١ — ٢٧ مارس سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٨٤ — ٣٠ نوفمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٤٠ — ٢٦ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٥٩ — ١٧ يونيو سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٥٨ — ١٠ يونيو سنة ١٩٢٦ م ٤٨ ص ٣١٣ ، ٢٠ مايو سنة ١٩٢٧ م ٤٩ ص ٢٣١ — ١٦ أبريل سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٣٢ — ٤ ديسمبر سنة ١٩٤١ م ٥٤ ص ٢١ — ١٥ يناير سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٤٥ . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الشأن ما يأتى : « جعل المشروع من حوالة الحق عقداً رضائياً ، ولم يزوجها لاشتراط شكل معين بالنسبة لها بالذات . ومؤدى هذا أنها تخضع فى انتقادها للأحكام العامة التى تسرى بشأن العقود الرضائية جميعاً . ولم يستثن المشروع من نطاق تطبيق هذه القاعدة حوالة الحق المضمون برهن رسمى أو بلى تأمين عيني آخر بل اعتبر التأمين فى هذه الحالة من توابع الحق ، وألحقه بأصله تقريباً حل هذا الوصف . ولكنه اشترط لجواز التمسك قبل الغير — وهم غلقون بالجمابة — بهذا التأمين ، باعتباره حقاً عينياً ، التأشير بمثل هذه الحوالة فى هامش القيد الأصلى للتأمين . ويتم انتقاد الحوالة متى انتفى الخيل والمحال له فيما بينهما ، بيد أن المدين قد يجهل هذا الاتفاق ، بل والناظر فيه أن يجهله ، ولهذا الملة يقع وفاءه للميل صحيحاً ما يبق جاهلاً بالحوالة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١١٢ فى الهامش) .
- (٤) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١١٢ فى الهامش .

لهذا الحائر أن ينفى بالدين وفاء صحيحاً للدائن الأصلي ، إذ المفروض أنه مجهول وقوع الحوالة ما دام لم يؤثر بها على هامش القيد (١) .

أما إذا تمحضت حوالة الحق هبة مباشرة ، فانها ككل هبة يجب أن تفرغ في شكلها الرسمي ، ولا تتعقد إلا إذا كانت في ورقة رسمية . وليس في هذا إلا تطبيق للقواعد العامة في الهبة (٢) .

٣٦٢ - وجوب مراعاة قرائن الإثبات : على أنه تجب مراعاة

القواعد العامة في إثبات الحوالة . فإذا حول دائن حقه ، وهو مائة جنيه مثلا ، إلى آخر بشمن قدره تسعون جنيهاً ، وذلك بالتراضي بينهما ، فإن المحيل لا يستطيع إثبات التزام المحال له بالثمن ، ولا المحال له يستطيع إثبات التزام المحيل بنقل هذا الحق ، إلا بالكتابة أو بما يقوم مقامها ، ولا يجوز الإثبات بالبينة أو بالقرائن (٣) ، لأن كل التزام من هذين يزيد على عشرة جنيهات . أما إذا كان الحق المحال به هو اثنا عشر جنيهاً وكان ثمن الحوالة عشرة جنيهات مثلا ، فإن المحيل يستطيع إثبات التزام المحال له بالثمن بالبينة والقرائن لأن الثمن لا يزيد على عشرة جنيهات ،

(١) قارن استئناف مختلط ٥ يونيو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٨٠ — كذلك إذا حول الدائن الأصل حقه مرة أخرى ، ولم يكن المحال له الأول قد أشر بالحوالة الأولى على هامش القيد ، وأشر المحال له الثاني على هذا الهامش بالحوالة الثانية ، فإن حوالة التأمين المعنى بموجب الحوالة الأولى لا يمتنع بهسا على المحال له الثاني ولو كانت الحوالة الأولى لحق الشخص نافذة في حقه (الأستاذ شفيق شحاتة في حوالة الحق في قوانين البلاد العربية ص ١٥ — شين الكوم ١٤ يناير سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٥ رقم ٣٠٨ ص ٦٦٧) .

(٢) وقد نصت تقنين الموجبات والعقود الثاني صراحة على هذا الحكم ، إذ تقول المادة ٢٨٢ من هذا التقنين : « يتم التفريغ بين المتعاقدين منه حصول الاتفاق بينهم ، إلا إذا كان هذا التفريغ عياناً فميتخذ يجب أن تراعى قواعد الشكل المختصة بالهبة بين الأحياء » .

وإذا كانت حوالة الحق على سبيل الرهن ، فالرهن رهن حيلة ، ولا يشترط لانتقاد الحوالة في هذه الحالة شكل خاص . ولكن لا يكون الرهن نافذاً إلا بإعلان هذا الرهن إليه أو بقبوله إياه ، ولا يكون نافذاً في حق الغير إلا بحيلة الدائن المرتهن للذين المرهون ، وتحسب الرهن مرتبة من التواريخ الثابت للإعلان أو القبول (انظر م ١١٢٣ مدني) .

(٣) ولكن في المواد التجارية يجوز الإثبات بالبينة والقرائن . وقد يعتبر تسليم سند الدين إلى المحال له قرينة على وقوع الحوالة . وحتى في المواد المدنية قد يكون هذا التسليم قرينة تفوز مبدأ ثبوت بالكتابة (انظر أنسكلو يدي دالوز ١ لفظ *cession de créance*قرة ١٥٥) .

ولكن المحال له لا يستطيع إثبات التزام المحيل بنقل الحق إلا بالكتابة أو بما يقوم مقامها لأن الحق تزيد قيمته على عشرة جنهات (١).

وتبقى هذه القواعد العامة للإثبات هي المعمول بها ، حتى لو أريد إثبات حوالة حق ثابت في سند اسمى أو في سند تحت الإذن ، لأن الإجراءات الخاصة بحوالة هذه الحقوق ليست ضرورية إلا لجعل الحوالة نافذة في حق الغير ، فهي ليست ضرورية لا لانعقاد الحوالة ولا لإثباتها بعد الانعقاد .

٢٦٣ - **تكييف الاتفاق الذى تم به الحوالة :** والاتفاق الذى تم به الحوالة ما بين المحيل والمحال له هو الذى ينقل الحق من الأول إلى الثانى . ولذلك سمى اتفاقاً (convention) ولم يسم عقداً (contrat) ، إذ يذهب بعض الفقهاء إلى أن الاتفاق أعم من العقد ، فهو ينشئ الحقوق وينقلها ويعملها ويقضيها ، أما العقد فيقتصر على إنشاء الحقوق (٢) . ولما كانت الحوالة تنقل حقاً شخصياً موجوداً من قبل ، ولا شأن لها في إنشاء هذا الحق ، فهي اتفاق لا عقد . ولكن أكثر الفقهاء لا يرون أهمية عملية للتمييز بين الاتفاق والعقد (٣) .

على أنه يمكن القول من جهة أخرى أن الاتفاق على الحوالة ما بين المحيل والمحال له يبدأ بانشاء التزام في ذمة المحيل بنقل حقه الشخصى إلى المحال له ، ويتم تنفيذ هذا الالتزام فوراً بمجرد نشوئه فينتقل الحق إلى المحال له . فاذا صح هذا التكييف ، كانت الحوالة عقداً حتى عند من يلجئون إلى التمييز بين العقد

(١) وإذا قيل أن قيمة الحق المحال به في هذه الحالة هي ثمة الذى يبيع به وليست قيمته في ذاته — وهذا ما لا نميل إلى الأخذ به لأن العبرة هي بقيمة الالتزام في ذاته ولو زادت هذه القيمة على الثمن الذى يبيع به — فإن كلا من المحيل والمحال له يستطيع إثبات الحوالة بالبيئة وبالقرائن .

(٢) انظر في هذا المعنى أيضاً المادة ١٦٥ من تقنين الموجبات والمقود البناني .

(٣) وكان المشروع التمهيدى لتقنين المدنى الجديد يورد تعريفاً للعقد لا يميز فيه بينه وبين الاتفاق . وقد حذف هذا التعريف في المشروع النهائى ، ولم يكن الحذف مدولاً عن عدم التمييز بين الاتفاق والعقد ، بل كان مجازة لسياسة تشريعية هي تجنب الإكثار من التعريفات الفقهيّة (للمصطفى جزء أول فقرة ٣٧ - مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٩ - ص ١١ في الهامش) .

والاتفاق ، إذ أنها تبدأ بانشاء التزام بنقل الحق ثم ينتقل الحق تنفيذاً لهذا الالتزام (١).

٢٦ - نفاذ الحوالة في حق المدين وفي حق الغير

٣٦٤ - معنى صيرورة الحوالة نافذة في حق المدين وفي حق الغير :

قدمنا أن الحوالة تنعقد بالتراضي بين المدين والمحال له ، دون حاجة إلى رضا المدين . ولكن انعقاد الحوالة لا يكفي لجعلها نافذة في حق المدين أو في حق الغير .

أما أن انعقاد الحوالة لا يكفي لجعلها نافذة في حق المدين ، فذلك لأن الحوالة تنعقد دون حاجة إلى رضائه ، فيصح أن يكون جاهلاً بوقوعها ، فيعامل دائته الأصل على أنه دائته الوحيد ، وينبئ له بالمدين أو يقضيه معه بأى سبب من أسباب الانقضاء كالتجديد والمقاصة والإبراء . وينبغي أن يقع هذا التعامل صحيحاً ، وأن يستطيع المدين الاحتجاج به على المحال له ، ومعنى ذلك أن الحوالة لا تكون نافذة في حق المدين . وإنما تنفذ الحوالة في حقه إذا كان عالماً بها ، وعندئذ يصبح المحال له هو دائته الوحيد ، ولا يجوز له التعامل مع الدائن الأصلي أو الوفاء له بالمدين . فهذا هو معنى صيرورة الحوالة نافذة في حق المدين .

أما معنى صيرورتها نافذة في حق الغير ، فهذا يقتضى أولاً تحديد معنى « الغير » هنا . يمكن اعتبار المدين « غيراً » من وجه ، وطرفاً في الحوالة من

(١) انظر المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٠ في المباحث . ويعترض الأستاذ شفيق شحاتة على هذا التصور (حوالة الحق في قوانين البلاد العربية ص ١٣ - ص ١٤) . ولا مانع من القول منه بأن عقد الحوالة نفسه هو الذي ينتقل الحق مباشرة من المدين إلى المحال له ، دون حاجة إلى افتراض نشوء التزام سابق بنقل هذا الحق يتم تنفيذه بمجرد نشوئه . وتبقى الحوالة مع ذلك عقداً ، لعدم الحاجة إلى التمييز ما بين العقد والاتفاق كما سبق القول . ولكن قيام حق معين يترتب على حق شخصي - وهو ما يباين الاستئناف شفيق شحاتة ويتخذ من تنفيذه حجة رئيسية لرفض التصور المتقدم الذكر - لا شك في إمكانه ، بل هو يقع كثيراً في العمل . ويمكن أن نشير إلى إمكان وزن الحق الشخصي وإلى إمكان أن يترتب عليه حق انتفاع ، فحق الحالة الأولى رتبنا حقاً عينياً تبعياً على حق شخصي . وفي الحالة الثانية رتبنا على الحق الشخصي حقاً عينياً أصلياً (انظر أوبري ورو • مقرة ٣٥٩ مكررة هامش رقم ١) .

وجه آخر . وعلى كل حال فإن المدين له وضع خاص في الحوالة يجعله بين (١) . أما الأشخاص الذين يتمحسون « غيرا » في الحوالة فهم كل شخص كسب حقاً من جهة المحيل على الحق المحال به ، يتعارض مع حق المحال له . فيكون غيرا محال له آخر غير المحال له الأول ، يتشاع الحق المحال به ، أو يوهب له أو يرتنه مثلاً . كما يكون غيرا دائن المحيل إذا وقع حجزاً على الحق المحال به تحت يد المحال عليه . كذلك إذا شهر إفلاس المحيل أو شهر إعساره ، فدائنه يصبحون من الغير بالنسبة إلى المحال له (٢) . ومعنى صيرورة الحوالة نافذة في حق هؤلاء الاغيار هو أنه عند تراحم المحال له مع أحد منهم — محال له ثان أو دائن حاجز أو دائن المفلس أو المعسر — يقدم المحال له إذا كان تاريخ نفاذ حوالته في حق هذا الغير سابقاً على تاريخ نفاذ الحوالة الثانية أو الحجز أو الإفلاس أو الإعسار في حقه هو .

٣٦٥ — اعمدته المربع بالحوالة أو قبوله لها ضروري لنفاذ الحوالة

في هذه وفي هي الغير : لا بد إذن ، لنفاذ الحوالة في حق المدين المحال عليه ، من أن يعلم بها . وقد اختار القانون لإعلامه بها أحد طريقتين : إما إعلانه بهذه الحوالة ، وإما قبوله لها . وقد نصت على ذلك المادة ٣٠٥ مدني ، كما رأينا .

(١) انظر في اعتبار المدين غيرا : استئناف مخطوط ١٤ مارس سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٩٤ - ١٤ نوفمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٢٢ . ولكن انظر أن دائن المدين له من الغير : استئناف مخطوط ١٠ ديسمبر سنة ١٩١٢ م ٢٦ ص ٨٥ - ٤ مارس سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٥٩ - ١٤ ديسمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٥٦ .

أما تقنين الموجبات والمفود البناني (م ٢٨٢) فيحصر المدين « غيرا » ، شأنه في ذلك شأن سائر الأغيار ، ويشترط لنفاذ الحوالة في حقه بقبوله لها أن يكون هذا القبول ثابت التاريخ . ويقول الأستاذ صبيح المحصفاني في هذا الصدد : « ولا بد من الإشارة إلى فارق مهم بين لقانون البناني وسائر القوانين المدنية العربية . فالقانون البناني ، على غرار القانون الفرنسي ، اجبر المدين من قلة الغير في الحوالة ، وعاملهم جميعاً معاملة واحدة لجهة إجراءات الإعلان للضرورة في الحوالة ، فنص على أن الحوالة لا تعد موجودة بالنظر إليهم إلا بإجراء إحدى طريقتي الإعلان المبينتين . ولكن باقي القوانين العربية لم تعتبر المدين من قلة الغير ، وقررت بين هؤلاء في المعاملة لجهة إجراءات الإعلان ، فلم تشترط ثبوت التاريخ لقبول المدين بالحوالة إلا تجاه الغير » (انفضال الالتزام في القانون المدني اللبناني ص ٢٢) .

(٢) استئناف مخطوط ٢٤ فبراير سنة ١٩٢٢ م ٤٤ ص ٢٠٢ .

ولا فرق بين الطرفين ، فأى منهما يمكن لجعل الحوالة نافذة في حق المدين (١) . غير أن النتائج التي ترتب على قبول المدين للحوالة قد تكون في بعض الأحوال أبعد مدى من تلك التي ترتب على مجرد الإعلان . من ذلك ما نصت عليه المادة ٣٦٨ مدني من أنه : ١ - إذا حول الدائن حقه للغير وقبل المدين الحوالة دون تحفظ ، فلا يجوز لهذا المدين أن يتمسك قبل المحال له بالمقاصة التي كان له أن يتمسك بها قبل قبوله للحوالة ، ولا يكون له إلا الرجوع بحقه على المهيمل . ٢ - أما إذا كان المدين لم يقبل الحوالة ولكن أعلن بها ، فلا تمنعه هذه الحوالة من أن يتمسك بالمقاصة . وسنعود إلى هذه المسألة فيما يأتي .

أما لنفاذ الحوالة في حق الغير ، فانه يجب أيضا إما إعلان المدين بالحوالة وإما قبوله لها . ولما كان إعلان المدين بالحوالة لا يصح إلا بورقة رسمية كما سنرى ، فإن هذا الإعلان له تاريخ ثابت حتما ، ويكون نفاذ الحوالة ، في حق الغير ، كنفادها في حق المدين ، من هذا التاريخ . فإذا تراحم المحال له مع محال آخر أو مع دائن حاجز مثلا ، وكانت الحوالة نافذة في حق الغير من طريق إعلانها للمدين ، فتاريخ هذا الإعلان هو الذي يحدد مرتبتها بالنسبة إلى الحوالة

(١) وليس هناك ميماد محدد يجب في خلاله إعلان الحوالة أو قبولها ، وسنرى فيما يأتي (انظر فقرة ٢٦٦) أن الإعلان أو القبول ينتج أثره ، ويجعل الحوالة نافذة في حق المدين وفي حق الغير ، أيا كان الوقت الذي صدر فيه بعد صدور الحوالة . ولا يكون الإعلان أو القبول متأخرا ، فلا ينتج أثره ، إلا إذا سبقه إعلان أو قبول حوالة أخرى أو توقيع حيز تحفظي تحت يد المدين أو شهر إفلاس المهيمل أو شهر إصابه .

وحوالة الحق الملحق عل شرط يجوز إعلانها أو قبولها قبل تحقق الشرط (بودرى وسينيا فقرة ٧٨٦ ، وانظر في حوالة الحق المستقبل بودرى وسينيا فقرة ٧٨٧) .

وموت المهيمل (الدائن الأصل) لا يحول دون الإعلان أو القبول ، فيجوز للمدين أن يقبل الحوالة بعد موت المهيمل ، كما يجوز للمحال له ولورثة المهيمل إعلانها بالحوالة . كذلك موت المحال له لا يمنع ورثته ولا المهيمل من إعلان الحوالة ، ولا يمنع المدين من قبولها .

أما إذا كان الحق ميراثا في تركة ، وجعل بعد القسمة في نصيب أحد الورثة دون الآخرين ، فلا يعتبر الحق قد حول من باقي الورثة إلى هذا الورث حتى تحتاج الحوالة إلى إعلان المدين أو قبوله ، بل يكون للقسمة أثر كاشف ويعتبر الحق قد انتقل كله إلى الورث بطريق الميراث لا بطريق الحوالة ، فلا حاجة إذن إلى إعلان المدين أو قبوله (استئناف مخطط ٣١ يناير سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ١٢٢) .

الثانية أو إلى الحجز . أما إذا كان نفاذ الحوالة في حق الغير من طريق قبول المدين لها ، فليس من المحتم أن يكون لهذا القبول تاريخ ثابت ، ومن ثم لا تكون الحوالة نافذة في هذه الحالة في حق الغير إلا من الوقت الذي يكون فيه للقبول تاريخ ثابت . وزى من ذلك أن الحوالة ، إذا كان نفاذها من طريق قبول المدين ، تكون نافذة في حق المدين من وقت هذا القبول ولو لم يكن له تاريخ ثابت ، ولا تكون نافذة في حق الغير إلا من وقت أن يكون للقبول تاريخ ثابت ، فهي إذن قد تكون نافذة في حق المدين دون أن تكون نافذة في حق الغير . وهذا ما نصت عليه المادة ٣٠٥ مدني ، فهي تقضى كما رأينا بأنه « لا تكون الحوالة نافذة قبل المدين أو قبل الغير إلا إذا قبلها المدين أو أعلن بها . على أن نفاذها قبل الغير بقبول المدين يستلزم أن يكون هذا القبول ثابت التاريخ » . وسنعود إلى تفصيل ذلك عند الكلام في العلاقة ما بين الحال له والغير .

والغرض من هذه الإجراءات — إعلان المدين أو قبوله — مراعاة مصلحة المدين أولاً وذلك حتى يعلم بالحوالة فيمتنع من معاملة الدائن الأصلي ولا يعامل إلا الدائن الجديد ، ومراعاة مصلحة الدائن الجديد ثانياً وذلك حتى يصبح بعد الإعلان أو القبول هو وحده صاحب الحق الحال به تجاه المدين والغير ، ومراعاة مصلحة الغير أخيراً إذ أنه لا يمكن تركيز شهر الحوالة في جهة خير من جهة المدين ، فهو الذي يطالبه الحال له بالحق ، وهو الذي يستطيع أن يجبر الغير الذي يريد أن يتعامل في هذا الحق بما إذا كان الدائن قد تصرف فيه من قبل أو أن حجراً وقع على الحق تحت يده ، ما دام قد قبل هذا التصرف السابق أو أعلن به أو بالحجز ، فيمتنع الغير بعد ذلك عن التعامل مع الدائن في هذا الحق (١).

(١) انظر بودي وسينيا فقرة ٧٦٧ — أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٩ مكررة ص ١٤٣ — بلانول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٧ — كولان وكابيتان ٢ فقرة ٦٢٧ .

وأى حق شخصي ، ولو كان حقاً تجارياً ، يحوله صاحبه إلى غيره ، تخضع الحوالة فيه ، حتى تكون نافذة في حق المدين والغير ، لأحد هذين الإجرائين الاعلان أو القبول . ومع ذلك توجد حقوق تقتضى إجراءات أخرى بجانب الاعلان أو القبول ، كما في حوالة الأجرة التي لم تستحق لمدة تزيد على ثلاث سنوات فإنها لا تكون نافذة في حق الغير إلا بالتسجيل . كما توجد —

٢٦٦ — **اعمال المدين بالحوالة**: يصدر هذا الإعلان إما من المحيل أو من المحال له . ولما كان المحال له هو الذى يعنيه قبل غيره أن تكون الحوالة نافذة فى حق المدين وفى حق الغير ، وهو الذى يخشى إن أبطأ فى ذلك أن يعمد المحيل إلى التصرف فى حقه مرة أخرى أو إلى استيفائه من المدين ، لذلك كان الغالب أن يكون هو — لا المحيل — الذى يتولى إعلان الحوالة للمدين (١) . وقد يعنى المحيل إعلان الحوالة ، حتى لا يوقع أحد دائنيه حجزاً تحفظياً تحت يد المدين قبل إعلانها ، فيصبح الحجز نافذاً فى حق المحال له ، ويرجع هذا عليه بالضمان ، ومن ثم يكون المحيل نفسه هو الذى يبادر بإعلان الحوالة درءاً لهذا الخطر (٢) . ويمكن إعلان المدين بالحوالة فى أى وقت بعد صدورهما . ولا يكون الإعلان متأخراً ، إلا إذا سبقه إجراء يمنع من جعله مفيداً . مثل ذلك أن تصدر من المحيل حوالة أخرى تعلن للمدين أو يقبلها ، فن وقت إعلان الحوالة الثانية أو قبولها لم يعد من المفيد إعلان الحوالة الأولى . ومثل ذلك أيضاً توقيع حجز من دائن المحيل تحت يد المدين ، فن يوم توقيع هذا الحجز لم يعد إعلان الحوالة إلا بمثابة حجز جديد كما سئرى . ومثل ذلك أخيراً شهر إفلاس المحيل أو شهر

= حقوق تقتضى إجراءات غير الاعلان أو القبول ، كالحقوق الثابتة فى سندات إسمية أو تحت الأذن أو حاملها ، وسياق بيان ذلك .

والإعلان أو القبول لازم لنفاذ الحوالة ، سواء كان الحق المحال حقاً منفرداً (droit isolé) أو كان عنصراً فى مجموع من المال (universalité) . وقد نصت المادة ٤٧٤ مدنى على أنه « إذا بيعت تركة ، فلا يسرى البيع فى حق الغير إلا إذا استوفى المشتري الإجراءات الواجبة لنقل كل حق اشتملت عليه التركة . فإذا نص القانون على إجراءات لنقل الحق فيما بين المتعاقدين ، وجب أيضاً أن تستوفى هذه الإجراءات » .

(١) وإذا تعدد المحال لهم فى الحوالة الواحدة ، كان عليهم جميعاً أن يقسوا بإعلان الحوالة ، وقد يقوم أحدهم بإعلانها ، أصالة عن نفسه وبالوكالة عن الآخرين . بل يجوز فى هذه الحالة أن يعلنها باسمه خاصة ، إذا هو أرفق بالاعلان صورة الحوالة حيث يبين منها أنها صادرة له ولآخرين هو الوكيل عنهم (استئناف مختلط ٢٧ أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٩٦) . وإذا كان المحال لهم متضامنين ، صح لأى منهم إعلان الحوالة ، ويفيد سائر المحال لهم من هذا الإعلان ، إذ يسرى عمل أحد الدائنين المتضامنين فى حق الباقين إذا كان هذا العمل نافعاً لهم ، وقد سبق بيان ذلك .

(٢) بودرى وسينيا فقرة ٧٧١

إعساره ، فمن ذلك الوقت لا يكون إعلان الحوالة ، ولو صدرت منه قبل شهر الإفلاس أو الإعسار ، مفيداً ، إذ لا يمكن الاحتجاج بالحوالة في هذه الحالة على دائي المفلس أو المعسر . ومن ذلك نرى أن للمحال له مصلحة في التعجيل بإعلان الحوالة إلى المدين ، حتى لا يسبق الإعلان إجراء مماثل لما قدمناه فيعطل حقه ويجعل الحوالة غير نافذة في حق الغير (١) .

ويجب أن يكون إعلان المدين إعلاناً رسمياً على يد محضر (٢) . فلا يكفي الإعلان الشفوي ، بل ولا الإعلان المكتوب ولو في كتاب مسجل (٣) . وليس من الضروري أن يتضمن الإعلان نص الحوالة ، بل يكفي أن يشتمل على ذكر وقوع الحوالة مع بيان لشروطها الأساسية (٤) . ومن ثم جاز إعلان الحوالة على هذا الوجه حتى لو كانت شفوية غير مدونة في ورقة مكتوبة (٥) . وأية ورقة رسمية تشتمل على هذه البيانات وتعلن للمدين تقوم مقام الإعلان ، فيقوم مقام الإعلان صحيفة الدعوى التي يرفعها المحال له على المدين مطالباً بإياه بوفاء الحق المحال به ، ومن وقت وصول صحيفة الدعوى إلى المدين يعتبر هذا معلناً بالحوالة فتنفذ في حقه وفي حق الغير (٦) . ويعنى أيضاً عن الإعلان

(١) أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٩ مكررة من ١٤٨ — من ١٤٩ . وانظر في شهر إفلاس المحيل بودري وسينيا فقرة ٧٨٣ . وانظر في شهر إعساره المادة ٢٥٧ مدني ، وهي تجعل أثر الإعسار يسري من وقت تسجيل صحيفة دعوى الإعسار .

(٢) ويقول الدكتور صبحي المصصافي : « أما في لبنان ، فليس في القانون ما يوجب هذا التشديد . والظاهر أنه يجب الرجوع إلى قواعد الإنذار العامة ، التي تكني بأن يكون ذلك بأية طريقة كانت ، بشرط أن تكون خطية ثابتة ، كالكتاب المضمون أو البرقية أو الإخطار الصادر من دائرة رسمية كدائرة الإجراء مثلاً) أو استحضار الدعوى ولو تقدم أمام محكمة غير مختصة (م ٢٧٥) » (انتقال الالتزام في القانون المدني اللبناني من ٣٢) .

(٣) استئناف مخطوط ٢٩ فبراير سنة ١٩٢٦ م ٢٨ من ١٧٠ .

(٤) استئناف مخطوط ٢٢ يناير سنة ١٩٠٣ م ١٥ من ٩٨ - ١١ فبراير سنة ١٩٠٣ م ١٥

من ١٣٦ - ٣٠ نوفمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ من ٤٠ .

(٥) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١١٨ من ٤٩٦ - وقارب آنفاً فقرة ٢٥٠ .

(٦) استئناف مخطوط ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ من ٨٤ - ٢٠ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢

من ٢٤٣ - ١٣ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ من ٣٩٠ - ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ من ٧٤ -

٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ من ٨٥ - ٢١ يناير سنة ١٩٣٧ م ٤٩ من ٧٦ - ٢٨ مايو

سنة ١٩٣٨ م ٥٠ من ٣٢٨ - ٣١ يناير سنة ١٩٤٠ م ٥٢ من ١٣٠ - ٣ يناير سنة ١٩٤٥ م

التنبيه (١) ، والتقدم في توزيع (٢) ، وتوقيع المحال له حجراً تحفظياً تحت يد المدين (٣) .

ويوجه إعلان الحوالة إلى المدين (٤) ، أو إلى نائبه كممثل الجمعية أو مدير الشركة أو الولي أو الوصي أو القيم ، أو إلى أى شخص تكون له صفة في وفاة الحق عن المدين (٥) . وإذا كان الحق المحال به حقاً مستقبلاً ، جاز توجيه

م ٥٧ ص ٧٣ انظر أيضاً المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ص ١١٦ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١١٨ ص ٤٩٧ .

(١) استئناف مخطوط ٩ مايو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٥٢ .

(٢) استئناف مخطوط ١١ يونيه سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٩٨ - ٤ فبراير سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ٧٩ - ٢٢ أبريل سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٨٣ - ١٥ مايو سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٩٨ .
(٣) والمحال له يستطيع مطالبة المدين باسمه الشخصى ، فهو في غير حاجة إلى توقيع حجز تحفظى تحت يده ، فإن قل ، عد هذا بمثابة إعلان الحوالة ، ولا يكون في حاجة بعد ذلك إلى طلب تثبيت الحجز التحفظى (استئناف مخطوط أول أبريل سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٢٧٩) .

(٤) ويكون إعلان الحوالة في الموطن الحقيقي للمدين ، لا في الموطن المختار . ذلك أن الموطن المختار إنما يكون للإعلانات المتعلقة بتنفيذ التصرفات القانونية ، وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٤٣ مدنى على أنه « يجوز اتخاذ موطن مختار لتنفيذ عمل قانونى معين » . والحوالة ليست تنفيذاً للحق ، بل هي نقل له إلى دائن جديد (هيك ٢ فقرة ٣٢٦ - جيلوار ٢ فقرة ٧٧٤ - أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ مكررة ص ١٤٥ - بودرى وسينيا فقرة ٧٦٩ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١١٩ ص ٤٩٨ - عكس ذلك أى جواز الإعلان في الموطن المختار : ديمولومب ١ فقرة ٣٢١) .

وإذا تعدد المدينون المحال عليهم في الحوالة الواحدة ، فسواء كانوا متضامنين أو غير متضامنين لابد من إعلان كل منهم . فإن كانوا غير متضامنين أعلن كل منهم بالنسبة إلى نصيبه في الدين ، لأن الدين ينقسم عليهم . وإن كانوا متضامنين أعلن كل منهم في كل الدين ، إذ هو مسئول عنه ، ولأن المدينين المتضامنين لا يمثل بعضهم بعضاً كما قلنا إلا فيما يفيد وليس إعلان الحوالة بما يفيد . فإذا أعلن أحد المدينين المتضامنين بالحوالة دون الآخرين ، كانت الحوالة نافذة في حق من أعلن دون غيره (قارن بودرى وسينيا فقرة ٧٧٢) .

(٥) فإذا كان الحق المحال به مضموناً برهن ، وبيعت العين المرهونة في المزايد بناء على طلب الدائن الأصل ، فإن الحوالة في هذه الحالة لا تملن إلى المدين بعد أن زعت ملكيته ، بل تملن إلى الراى عليه المزايد إذا كان الفئن لا يزال في ذمته ، أو تملن إلى خزانة المحكمة إذا كان الفئن قد أودع فيها (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١١٩ ص ٤٩٩ - انظر أيضا : بودرى وسينيا فقرة ٧٧٤ ص ٨١٩ - ص ٨٢٠ - أنسيكلوبيدى دالوز ١ لفظ Cession de créance فقرة ٢١٤ - فقرة ٢١٩) .

الإعلان إلى جميع الأشخاص الذين يحتمل أن يكونوا مدينين بهذا الحق (١) .

٢٦٧ — قبول المدين للحوالة : والطريق الثاني لصيرورة الحوالة نافذة

في حق المدين هو قبوله لها . فإذا صار للقبول تاريخ ثابت ، أصبحت الحوالة نافذة أيضاً في حق الغير كما سبق القول .

الوقت الذي يصح في خلاله هذا القبول هو نفس الوقت الذي يصح في خلاله إعلان الحوالة ، فيكون القبول متأخراً إذا سبقه إعلان حوالة أخرى أو حجز تحفظي تحت يد المدين أو قبول منه لحوالة أخرى أو شهر إفلاس المدين أو شهر إعساره . ويصح صدور القبول وقت صدور الحوالة نفسها وفي نفس الورقة التي دونت فيها الحوالة ، كما يصح صدوره بعد ذلك على الوجه الذي قدمناه ، ولكن لا يصح صدوره قبل صدور الحوالة (٢) .

(١) ومثل الحق المستقبل الثمن الذي سيرسو به المزايد في عين تعرض للبيع بالمزاد ، فيجوز لصاحب هذا الحق أن يحوله إلى شخص آخر ، وتعلن الحوالة في هذه الحالة إلى الأشخاص الذين يحتمل أن يرسو المزايد عليهم ، وبخاصة الشركاء في العين المعروضة للبيع إذا كانت هذه العين مملوكة على الشيوع . انظر في كل ذلك : بودرى وسينيا فقرة ٧٧٣ — فقرة ٧٧٤ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١١٩ — فقرة ١١٢٠ .

هذا وإن كان المستحق في توقف هو في الوقت ذاته الناظر ، وحول استحقاقه في الوقت إلى شخص آخر ، فلا حاجة إلى إعلان الحوالة إليه باعتباره ناظراً للوقف ، لأن تحويلة استحقاقه باعتباره مستحقاً يتضمن علمه بالحوالة باعتباره ناظراً (استئناف مختلط ٢٣ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١٨ ص ٣٦٨) .

(٢) بودرى وسينيا فقرة ٧٧٨ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٢١ ص ٥٠٢ هاشم رقم ١ — الأستاذ شفيق شحاتة في الحوالة في قوانين البلاد العربية فقرة ٤٥ — الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ٢٢٤ ص ٣١٥ — عكس ذلك : هيك فقرة ٣٤٣ — كولان وكابيتان ٢ فقرة ٦٢٧ ص ٤٢٧ — الدكتور صبحي المصصافي في انتقال الالتزام في القانون المدني اللبناني ص ٣٣ . ومن الصعب التسليم بأن القبول الذي يجعل الحوالة نافذة في حق المدين وفي حق الغير يصح صدوره قبل صدور الحوالة ، لأن هذا القبول لا يتحصل به العلم بالحوالة له ، وعلم المدين بالحوالة له أمر جوهري لتنفيذ الحوالة في حقه وفي حق الغير . والقبول الذي يجوز صدوره قبل صدور الحوالة إنما هو القبول اللازم لانقضاء الحوالة ، لا لتنفيذها ، في القوانين التي تشترط رضا المدين في انقضاء الحوالة كما كان الأمر في التفتين المدني الأهل السابق (انظر الموجز للمؤلف فقرة ٥١٥ ص ٥٣١) .

ولا يتضمن قبول المدين للحوالة نزولا منه عن الدفع التي كان له أن يدفع بها مطالبة المحيل ، فهو بالرغم من قبوله للحوالة يستبقى هذه الدفع ، ويجوز له أن يتمسك بها قبل المحال له كما سئرى . فقبول المحال له للحوالة لا يعنى أكثر من أنه علم بوقوع الحوالة ، فأصبحت سارية في حقه ، وصار واجبا عليه أن يدفع الدين للمحال له لا للمحيل ، ولكن في الحدود التي يجب عليه فيها دفع هذا الدين للمحيل . ويستثنى من ذلك أمر واحد سبقت الإشارة إليه ، هو أن الدفع بالمقاصة الذي كان المدين يستطيع أن يتمسك به قبل المحيل لا يجوز التمسك به قبل المحال له إذا قبل المدين الحوالة دون تحفظ (م ١/٣٦٨ ملغى) . ولكن هذا لا يمنع المدين من أن يتضمن قبوله للحوالة نزولا عن الدفع التي كانت له قبل المحيل ، فيصبح بهذا القبول البعيد المدى ملتزماً بدفع الدين للمحال له ، ولا يجوز له التمسك قبله بالدفع التي كان يستطيع التمسك بها قبل المحيل . ولكن مثل هذا القبول لا يفترض ، بل لا بد أن يكون الإطلاق فيه على هذا الوجه واضحاً ، فان قام ثمة شك فسر القبول لصالح المدين ، واعتبر قبولاً للحوالة مع الاحتفاظ بما للمدين من دفع كان له أن يتمسك بها قبل المحيل (١) .

فالقبول إذن ، بهذا التحديد ، لا يفيد أكثر من إقرار (٢) من جانب المدين بأنه علم بوقوع الحوالة كما تقدم القول ، ولا يفيد أن المدين أصبح طرفاً في عقد الحوالة ، فقد أسلفنا أن هذا العقد يتم دون حاجة إلى قبوله . ومن ثم إذا رفض المدين أن يقبل الحوالة ، أمكن الاستغناء عن قبوله باعلان الحوالة إليه ، فالإعلان كالقبول يفيد حتماً علم المدين بوقوع الحوالة ، وهذا هو المقصود من كل من القبول والإعلان .

ويصدر القبول من المدين أو من نائبه أو من أى شخص آخر يمكن أن يوجه إليه الإعلان فيما لو كانت الحوالة قد أعلنت ، وقد تقدم بيان من يوجه

(١) بلانيول وريبير وردوان ٧ ققرة ١١٢١ ص ٥٠١ - ص ٥٠٢ .

(٢) ومن ثم يكون القبول إخبارياً لا إنشائياً (الأستاذ ميد الحى حجازى ٣ ص ٢٥٠ - ص ٢٥١) ومع ذلك يقتضى القبول أهلية الالتزام (هيك ٢ ققرة ٣٤٢ - أنسيلويدي فالوز ١ لفظ Cession de créance ققرة ٢٨٢ - وقارن بودرى وسهنا ققرة ٧٧٧) .

إليه إعلان الحوالة (١) .

وليس للقبول شكل خاص . فيصح أن يكون في ورقة رسمية (٢) ، كما يصح أن يكون في ورقة عرفية ثابتة التاريخ ، أو في ورقة عرفية غير ثابتة التاريخ . بل يصح ألا يكون مكتوباً أصلاً ، فيكون قبولاً شفوياً . وقد يكون قبولاً ضمنياً ، كما يقع فيما إذا دفع المدين بعض أقساط الدين للمحال له ففي هذا قبول ضمنى للحوالة (٣) ، وكما يقع فيما إذا استوفى المؤجر الأجرة مباشرة من المتنازل له عن الإيجار دون أن يبدى أى تحفظ في شأن حقوقه قبل المستأجر الأصل (م ٥٩٧ ثانياً مدني) . وينخفض القبول في هذه الحالة ، إذا أنكر المدين صلوره منه ، للقواعد العامة في الإثبات ، فيجوز إثباته بالبينة والقرائن إذا كان الحق المحال به لا يتجاوز عشرة جنيهات ، وإلا فلا يجوز إثباته إلا بالكتابة أو بما يقوم مقامها (٤) . كل هذا لنفاذ الحوالة في حق المدين ، أما لنفاذها في حق الغير ، فقد قلنا أن القبول يجب أن يكون في ورقة مكتوبة ثابتة التاريخ .

٢٦٨ - هل يقوم علم المدين بصور الحوالة مقام الاعتراف

أو القبول : رأينا فيما قدمناه أن المقصود من إعلان المدين بالحوالة أو قبوله بها

(١) وكلا لا يعتبر إعلان أحد المدينين المتضامنين بالحوالة إعلاناً للباقي (أنظر آنفاً فقرة ٢٦٦ في الهامش) كذلك لا يعتبر قبول أحد المدينين المتضامنين بالحوالة قبولاً بها من الباقي . وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن قبول أحد المدينين المتضامنين بالحوالة إنما هو تنازل فردي عن حقه الشخصي ، ولا يمس على غيره من المدينين الذين لم يرضوا بالحوالة ، ولا يمكن أن يعتبر وكلاء عنهم في هذا الشأن (استئناف مصر ٣١ مارس سنة ١٩٤٣ المجموعة الرسمية ٤٣ رقم ٩ ص ٢٢١) . وليس من الضروري أن يعلم الخليل أو المحال له بقبول المدين بالحوالة ، بل ينتج القبول أثره قبل علم أحد من هذين به ، إذ القبول هنا إرادة غير موجهة إلى شخص معين (بودرى وسينيا فقرة ٧٨٠) .

(٢) وفي فرنسا يجب أن يكون القبول ثابتاً في ورقة رسمية حتى تكون الحوالة نافذة في حق الغير (م ١٦٩٠ من التفتين المدنى الفرنسى) .

(٣) استئناف مخطوط ١٥ يوفية سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣٧٠ . ومن باب أول لو دفع المدين كل الدين للمحال له : استئناف مخطوط ٢٩ فبراير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٧٠ .

(٤) أنسيكلويدى دالوز ١ لفظ Cession de créance فقرة ٣٠١ . أما في المسائل التجارية فيجوز الإثبات بجميع الطرق : استئناف مخطوط ٣٠ مارس سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٠٨ .

هو إثبات علمه بوقوعها ، فهل يستخلص من ذلك أنه متى ثبت علم المدين بالحوالة ، ولو من طريق آخر غير الإعلان أو القبول ، تكون الحوالة نافذة في حقه ؟

قد يعلم المدين بوقوع الحوالة دون أن يعلن بها على يد محضر ودون أن يصدر منه قبول بها . فقد يكون الحق ائحال به مضموناً برهن رسمي وأشر ائحال له على هامش القيد بالحوالة ، فعلم المدين بها من هذا الطريق (١) . وقد يكون المدين قد حضر مجلس العقد وقت صدور الحوالة ، فعلم بصورها . وقد يكون أجنبي أخطره ، شفويّاً أو كتابة ، بوقوع الحوالة . وأيسر من هذا كله أن يكون ائحال له أو ائحيل هو الذى تولى بنفسه إخطار المدين بصور الحوالة ، ولكن لا باعلان رسمي ، بل شفويّاً أو كتابة ولو بكتاب مسجل . فإدام المدين لم يعلن رسمياً على يد محضر ، وما دام لم يصدر منه قبول بالحوالة ، فحتى الكتاب المسجل الذى يخطره فيه ائحال له أو ائحيل بصور الحوالة لا يجعل علمه حاصلًا من أحد الطريقين اللذين رسمهما القانون لذلك .

في جميع هذه الأحوال لا يكون علم المدين بوقوع الحوالة ، كما قدمنا ، حاصلًا بالطريق الذى رسمه القانون . فلا يكون هذا العلم ، مهما استطاع ذو المصلحة أن يثبته ، بل ولو أقر به المدين نفسه ، كافياً في جعل الحوالة نافذة في حقه (٢) . ذلك أن القانون متى رسم طريقاً محدداً للعلم بتصريف معين ، فلا يجوز استظهار العلم إلا بهذا الطريق . فالتسجيل مثلاً طريق لشهر انتقال الحقوق العينية العقارية الأصلية ، فلا يكون انتقال هذه الحقوق نافذاً في حق الغير إلا من طريق التسجيل . والقيد طريق لشهر إنشاء الحقوق العينية العقارية التبعية ، فلا تنفذ هذه الحقوق في حق الغير إلا بالقيد . وكذلك الإعلان أو القبول طريق لشهر انتقال الحقوق الشخصية ، فلا تكون الحوالة نافذة في حق المدين وفي حق الغير إلا بالإعلان أو القبول (٣) .

(١) بودرى وسينيا فقرة ٧٩١ .

(٢) استئناف مخطوط ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٩٩ م ١٢ ص ٤٩ .

(٣) جيلوار ٢ فقرة ٧٧٨ — بودرى وسينيا فقرة ٧٩١ — فقرة ٧٩٢ — بلانيول

وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٢٢ .

هذه هي القاعدة ، ولا تختمل استثناء إلا في حالة الغش ، فإن الغش بطبيعة الحال يفسد أى تصرف (fraus omnia corrumpit) . وصورة الغش هنا أن يكون المدين عالماً بوقوع الحوالة عن طريق غير طريق الإعلان والقبول ، ثم يعمد غشاً ، متواطئاً مع المحيل ، إلى الوفاء له بالدين إضراراً بحقوق المحال له ، وقد يحصل في مقابل ذلك على منفعة من المحيل كأن ينزل له عن جزء من الدين . فالوفاء بالدين للمحيل هنا باطل ، أبطله الغش والتواطؤ . ويجوز في هذه الحالة للمحال له ألا يعتد بهذا الوفاء ، وأن يعلن الحوالة للمدين فتصبح نافذة في حقه ، ثم يطالبه بعد ذلك بالحق المحال به ، فيوفيه المدين مرة ثانية للمحال له ، وهو في هذا إنما يتحمل نتيجة غشه ، وليس له إلا الرجوع على المحيل بما دفعه له أول مرة . كذلك الحال فيما إذا حول الدائن حقه إلى شخص آخر ، وقبل إعلان المدين بالحوالة أو قبله بها تواطئاً المحيل مع شخص ثالث وحول له الحق مرة أخرى ، ويادر المحال له الثاني إلى إعلان المدين بالحوالة أو حمله على قبولها ، علم المدين بالحوالة الأولى أو لم يعلم . ففي هذه الحالة أيضاً تواطئاً المحيل مع المحال له الثاني ، وتحايلاً على جعل الحوالة الثانية نافذة في حق الغير قبل نفاذ الحوالة الأولى ، فيجوز للمحال له الأول ألا يعتد بالحوالة الثانية التي وقعت غشاً له (١) ، ويادر إلى إعلان الحوالة الأولى للمدين ويطالبه بدفع الحق المحال به . فإذا لم يكن المدين قد وفى الحق للمحال له الثاني ، فعليه أن يوفيه للمحال له الأول لأن الحوالة الثانية وقعت باطلة للغش كما قلنا . أما إذا كان المدين قد وفى الحق للمحال له الثاني ، فإن كان شريكاً في الغش ، فإن هذا الوفاء لا يعتد به وعليه أن يفي الحق مرة أخرى للمحال له الأول على الوجه الذى قلناه . أما إذا لم يكن شريكاً في الغش ، حتى لو كان مقصراً كل التقصير في عدم اتخاذه ما ينبغي الاحتياط (٢) ، فإن وفاءه الحق للمحال له الثاني يكون مبرراً لذمته بعد

(١) استئناف مختلط ٧ مايو سنة ١٨٩٨ م ١٠٠٨ من ٢٠٠٨ .

(٢) بلانويول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٢٢ من ٥٠٤ هامش رقم ٢ — قارن أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٩ مكررة من ١٤٧ — أنيكوليني دالوز ١ لفظ (cession de créance) فقرة ٣٠٢ وما بعدها — ويلاحظ أن القاعدة المنطبقة هنا هي القاعدة العامة التي تقضى بأن الغش يفسد التصرفات ، وليست حقاً الدعوى البولصية بشرطها الدقيقة ، خلافاً لما صرح به بودوي وسيجيا (انظر فقرة ٧٩٢ من ٨٣٦ وقرة ٧٩٣ من ٨٣٩ من ٨٤٢) .

أن أصبحت الحوالة الثانية نافذة في حقه قبل نفاذ الحوالة الأولى ، ولا يجبر على الدفع مرة أخرى للمحال الأول . وليس أمام هذا إلا الرجوع بالتعويض على كل من المحيل والمحال له الثاني اللذين تواطأ على الإضرار بحقوقه (١) .

(١) وتختلف نصوص التفتينات الألماني والسويسري والإيطالي الجديد عن نصوص التفتين المصري . فنصوص التفتين المدني المصري صريحة في أن الحوالة لا تكون نافذة في حق المدين إلا بالإعلان أو القبول . أما التفتين المدني الألماني (م ٤٠٧) وتفتين الالتزامات السويسري (م ١٦٧) والتفتين المدني الإيطالي الجديد (م ١٢٦٤/٢) فتقتضي بأن وفاء المدين الدين المحيل لا يكون مبرراً لذمة إلا إذا تم بحسب نية ، فإن أثبت المحال له أن المدين كان يعلم بوقوع الحوالة وقت أن وفى الدين المحيل ، ولو من غير طريق الإعلان أو القبول ، فإن الوفاء لا يكون صحيحاً ولا يبرئ ذمة المدين (انظر في التفتين المدني الألماني التعليقات على هذا التفتين المادة ٣٩٨ ص ٥٦٧ — ص ٥٦٩ والمادة ٤٠٧ ص ٥٧٩) . ويذهب الأستاذ شفيق شحاتة إلى تفسير نصوص التفتين المدني المصري بما يجعل هذا التفتين في هذه المسألة متفقاً في الحكم مع التفتين الألماني والسويسري (حوالة الحق في قوانين البلاد العربية ص ٣٣ — ص ٣٦) . ولا تنفق معه في هذا الرأي ، فإن نصوص التفتين المدني المصري صريحة في أن الحوالة لا تكون نافذة في حق المدين إلا بالإعلان أو بالقبول ، فإذا لم يعلن المدين بالحوالة ولم يصدر منه قبول بها ، فإنها لا تكون نافذة في حقه ، حتى لو علم بها من طريق آخر ، إلا إذا ارتكب غشاً في الوفاء المحيل فإن الغش يحتفظ بحيل الوفاء غير مبرء لذمة (انظر من الرأي الذي اختارناه الأستاذ عبد الحى حجازي ٣ ص ٢٥٢ — ص ٢٥٥ والأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ٢٣٠ ص ٣١٩ — ٣٢٠) .

وقد كان المشروع التمهيدى التفتين المدني الجديد يتضمن نصاً يجعل علم المدين بوقوع الحوالة من غير طريق الإعلان أو القبول ، ووفاءه بالمدين مع ذلك لمحيل ، في حكم النش . فكانت المادة ٤٣٢ من هذا المشروع تجرى على الوجه الآتي : ١ - تبرأ ذمة المدين إذا لم يقبل الحوالة وفى الدين المحيل قبل أن يعلن بهذه الحوالة . ٢ - ومع ذلك لا تبرأ ذمة المدين بهذا الوفاء إذا أثبت للدائن المحال له أن المدين كان يعلم وقت الوفاء بصور الحوالة . وهذا النص هو الذي يضاف مع نصوص التفتينات الألماني والسويسري والإيطالي ، وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في شأنه ما يأتي : « يصح التساؤل في ظل أحكام التفتين القائم (السابق) عما إذا كان في الوضع أن يتخذ من الأمر الواقع بديل من الاجراءات التي يتطلبها القانون . فلو فرض أن المدين علم بانسداد الحوالة فعلاً ، فهل يجوز له أن يتسلك بعدم نفاذها في حقه استناداً إلى أنه لم يعلن بها ؟ جرى أكثر الفقهاء في فرنسا ، وشايهم في ذلك القضاء ، على أن علم المدين بحوالة لم يعلن بها ولم يقبلها بحيل وفاءه للمحيل فاسداً ، وفقاً لما هو مأثور من أن كل ما يترتب على النش فاسد . وكذلك الشأن في المحال له الثاني إذا تواطأ مع المحيل وعمد إلى الانتياز على حق المحال له الأول ، فعوائده هذه تعتبر باطلة وتنفذ في حقه الحوالة الأولى . ويراهى من ناحية أخرى أن فريقاً كبيراً من الفقه والقضاء الفرنسيين يستند إلى المادة ١٣٨٢ =

ولكن ليس من الضروري أن يكون علم المدين بوقوع الحوالة ، من غير الطريقين اللذين رسمهما القانون وهما الإعلان والقبول ، سبباً في ثبوت الغش في جانبه . فقد يصل إلى علمه أن الدائن قد حول حقه إلى آخر ، ولكن لا يعلن بالحوالة ولا تعرض عليه لقبوها ، ثم يطالبه الدائن بالدين ، فيقع في نفسه أن الحوالة التي سمع بها لاحقيقة لها ، فيوفي الدين للدائن ، ولا يكون قد ارتكب

= (١٥١ / ٢٠٢ مصرى) ويفرغ عليها بطلان كل تصرف يقع بإخلالاً بحوالة لم تعلن ولم تقبل متى كان المتصرف قد علم فعلاً بذلك الحوالة ، وصدر في تصرفه هذا عن خطأ أو رعونة . ومؤدى ذلك أن البطلان يعتبر تمويضاً عن هذا الخطأ أو تلك الرعونة وفقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية . وقد نصت المادة ١٦٧ من تقنين الالتزامات السويسرى على أن ذمة المدين تبرأ على الوجه الصحيح إذا أوفى بالدين بحسن نية لدائنه السابق قبل أن يقوم بخيل أو المحال له بإبلاغه بالحوالة . فالتقنين السويسرى ، والحال هذه ، يقطع بالعلم بالفعل ، ولا يتطلب الدليل على غش أو تدليس ، بل هو لا يفترض توافر الخطأ . على أن هذا التقنين لم يكن مبتدعاً في هذه الناحية ، فقد سبقه التقنين الألماني إلى ذلك ، ونص على المبدأ نفسه صراحة في المادتين ٤٠٧ و ٤٠٨ . وقد اختار المشروع هذا المبدأ باعتباره نتيجة طبيعية منطقية للتصور الفرنسى في هذا الشأن (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١١٨ هامش رقم ١) . ولكن نص المادة ٤٢٢ حذف في لجنة المراجعة « لأنه يتضمن حكماً تفصيلياً رضى الاكتفاء فيه بتطبيق القواعد العامة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٣٨ هامش رقم ١) . والواقع من الأمر أن الحكم ليس بتفصيل ، وقد كان المراد به المدول عن التصوير الفني الفرنسى الذى يقتضى بأن علم المدين بالحوالة لا يمتد به إلا إذا كان حاصلاً عن طريق الإعلان أو القبول ، إلى التصوير الفني لتقنينات الأخرى (الألماني والسويسرى والإيطالى) الذى يجعل العلم بالفعل يغنى عن العلم القانونى على أن يحمل المحال له عبء إثبات هذا العلم بالفعل . وليس دقيقاً ما تقرره المذكرة الإيضاحية من أن هذا التصور الأخير هو نتيجة طبيعية منطقية لتصوير الفرنسى . ولو بقى نص المشروع التمهيدى ولم يحذف ، لأمكن القول في التقنين المدينى المصرى أن العلم بالفعل يغنى عن العلم القانونى . ولكن بعد حذف هذا النص ، وأمام صراحة نص المادة ٣٠٥ حذف التى تقضى بأن « لا تكون الحوالة نافذة قبل المدين أو قبل الغير إلا إذا قبلها المدين أو أعلن بها ... » ، لم يبق مجال للقول في التقنين المدينى المصرى أن العلم بالفعل يغنى عن العلم القانونى . فلا بد لتنفيذ الحوالة فى حق المدين وفى حق الغير من أن يعلم بها المدين علماً قانونياً — دون أن يكفى العلم بالفعل — من أحد طريقين ، الإعلان أو القبول . ويستثنى من هذه القاعدة حالة انشئ بطبيعة الحال . وقد لوحظ اتجاه من القضاء الفرنسى إلى التوسع فى هذا الاستثناء ، وافترض النشئ إذا ثبت أن المدين قد حصل له العلم بالحوالة « علماً خاصاً شخصياً » ، حتى يكاد الاستثناء يستغرق القاعدة ، ويقلل من أهمية ما يشترطه القانون من شكلية فى وجوب تحصيل العلم القانونى عن طريق الإعلان أو القبول (بلانويل وريير وودوان ٧ فقرة ١١٢٢ ص ٥٠٥) .

غشاً في هذا الوفاء (١). بل قد يعلم المدين حتى العلم بوقوع الحوالة ، من غير الإعلان أو القبول ، ومع ذلك يطالبه الدائن بالدين ويلج في الطلب ، ولا يكون لدى المدين دليل على صدق الحوالة ، فلا يسمعه — بعد أن يخطر المحال له إن كان يعرفه ثم لا يفعل هذا شيئاً لجعل الحوالة نافذة — إلا أن يني بالدين للدائن ، فلا يكون قد ارتكب غشاً في هذه الحالة ، ويكون وفاؤه ميراثاً لذمته بالرغم من علمه بالحوالة (٢).

كذلك ليس من الضروري أن يكون علم المحال له الثاني بصدور الحوالة الأولى ، من غير طريق الإعلان أو القبول ، سبباً في ثبوت الغش من جانبه . فقد يظن ، من جراء إبطاء المحال له الأول في جعل الحوالة نافذة ، أن الحوالة الأولى قد نقضت بفسخ أو إبطال أو مقابلة أو نحو ذلك . بل قد يكون المحال له الثاني موقناً كل اليقين من صدور الحوالة الأولى ومن أنها لا تزال قائمة ، ولكن لا يثبت الغش مع ذلك في جانبه ، بأن يكون قد اتفق مع المحيل على الحوالة الثانية قبل أن يعلم بالحوالة الأولى ، ثم يعلم بها ، فلا يسمعه في هذه الحالة إلا أن يبادر إلى المحافظة على حقوقه بأن يجعل الحوالة الثانية نافذة بإعلانها إلى المدين أو بحمله على قبولها ، وهو في ذلك لم يرتكب غشاً ، ولم يرد الإضرار بحقوق المحال له الأول ، وإنما أراد دفع الضرر عن نفسه . وهذا هو أيضاً شأن الدائن العادي للمحيل إذا كان حقه ثابتاً قبل صدور الحوالة ، فانه إذا يادر إلى توقيع حجر تحفظي تحت يد المدين ، حتى بعد علمه بصدور الحوالة ، لا يكون قد ارتكب غشاً للإضرار بالمحال له ، وإنما هو يسمى لدفع الضرر عن نفسه (٣).

(١) ماركاديه ٦ المادتان ١٦٨٩ و ١٦٩٠ فقرة ١ — هيك ٢ فقرة ٣٤٨ وما يسلها — جيلوار ٢ فقرة ٧٨١ — فقرة ٧٨٢ — بودرى وسينا فقرة ٧٩٣ .

(٢) بلاتول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٢٢ ص ٥٠٥ — ويجوز أيضاً أن يكون الحق المحال به قد توافرت فيه الشروط اللازمة لمقاصة القانونية في حق مقابل ترتب في ذمة المحيل للمدين ، ولم يقبل المدين الحوالة ولم يملن بها قبل وقوع المقاصة ، وإن كان قد علم بها قبل ذلك ، فسلمه الفعل بالحوالة لا يمنع من وقوع المقاصة ، ولا يعتبر هذا العلم غشاً في جانبه (بودرى وسينا فقرة ٧٩٣ ص ٨٤٠) .

(٣) بودرى وسينا فقرة ٧٩٣ — ٧٩٦ — بلاتول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٢٢ .

٢٦٩ - إجراءات خاصة لجعل حوالة بعض الحقوق نافذة في حق

المدين والغير : ماقدمتاه من وجوب الإعلان أو القبول لنفاذ الحوالة ينطبق ، كما أسلفنا ، على الحقوق المدنية والتجارية على السواء .

إلا أن هناك أوضاعاً خاصة ، هي في الأصل أوضاع تجارية ، إذا أسبغت على الحق ، تجارياً كان أو مدنياً ، أصبحت له إجراءات خاصة لتكون حوالة نافذة في حق الغير . فقد يكون سند الحق سنداً اسمياً (titre nominatif) ، أو سنداً إذنياً (titre à ordre) ، أو سنداً لحامله (titre au porteur) .

أما السند الإسمي فيشمل الأسهم (actions) والسندات (obligations) التي تتخذ هذا الوضع ، وهي إما أسهم وسندات للشركات المساهمة أو سندات على الدولة . وحوالة هذه السندات الإسمية تتخذ فيما بين المحيل والمحال له بالتراضي كما هي القاعدة العامة ، إلا أن هذه الحوالة لا تكون نافذة في حق المدين أو في حق الغير إلا بقيد الحوالة في دفتر خاص يحفظ به المدين : الشركة أو الدولة .

وأما السند الإذني فيشمل الكيالات (lettres de change) والسندات الإذنية (billets à ordre) والشيكات الإذنية (chèques à ordre) ، ويشمل كذلك ماورد في شأنه نص خاص كبوليصة التأمين (police d'assurance) وبوليصة الشحن (connaissement) وبوليصة التخزين (récépissé, warrant) . وتتخذ حوالة السند الإذني فيما بين المحيل والمحال له بالتراضي وفقاً للقواعد العامة . ولكنها لا تكون نافذة في حق المدين وفي حق الغير إلا بالتظهير (endossement) ، وذلك بأن يضع صاحب السند توقيعه في ظهر السند . ومتى تم تظهير السند الإذني : (١) فالمدين لا يجوز له أن يوفي بالدين إلا لحامل السند بالتظهير لا إلى الدائن الأصلي . (٢) وإذا تنازع حامل السند بالتظهير مع آخر حول له السند عن طريق الإعلان أو القبول ، فإن الأول هو الذي يتقدم ، ولو تأخر تاريخ التظهير عن تاريخ الإعلان أو القبول . (٣) ولا يجوز لدائني المظهر (أى الدائن

الأصل) أن يوقعوا حجزاً تحفظياً تحت يد المدين (١) .

وأما السند لحامله فيشمل الأسهم والسندات التي تحرر ابتداء لحاملها أيأ كان . ويجوز إضفاء وضع السند لحامله على أى حق تجارى أو مدنى ، وبخاصة على الشيكات . وتنعقد الحوالة فيما بين المحيل والمحال له فى السند لحامله بالترضى . وتكون الحوالة نافذة فى حق المدين وفى حق الغير بالتسليم المادى ، فالسندات لحاملها تلحق إذن بالمتقولات المادية (٢) .

ونقتصر على هذا القدر فى هذه المسألة التى تعد من مباحث القانون التجارى .

(١) انظر فى علم جواز التمسك بالدفع فى السند الإذنى الذى ينتقل بالتظهير بلانبول ورهبر وردوان ٧ فقرة ١١٣٧ .

(٢) وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يتضمن نصاً فى هذه المسألة ، فكانت المادة ٤٤٢ من هذا المشروع تجرى على الوجه الآتى : ١ - يجوز إثبات حق مدنى فى سند اسمى أو سند إذنى أو سند لحامله . وفى هذه الحالة تم حوالة هذا الحق بالنقل أو التظهير أو التسليم . ٢ - ويجوز لصاحب السند فى هذه الحالة أن يحتج بجميع الدفع التى يجوز للمحال عليه أن يحتج بها وفقاً لما جاء بالمادة ٤٣٩ . وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « لا يشترط اتخاذ الإجراءات المقررة فى المادة ٤٣٠ فى الحالات التى يواجهها هذا النص . فالقاعدة هى اتباع الأوضاع المقررة فى قانون التجارة فى حوالة الحق ولو كان مدينياً ، متى أثبت شكلاً فى سند اسمى أو سند إذنى أو سند لحامله . وتسرى على المحال عليه ، فى هذه الحالة ، أحكام المادة ٤٣٩ فيما يتعلق بما يجوز له التمسك به من الدفع أو أوجه الدفع المادية » . وقد حذف هذا النص فى لجنة المراجعة « اكتفاء بتطبيق القواعد العامة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٣٣ - ص ١٣٤ فى الهامش) .

الفصل الثاني

الآثار التي تترتب على حوالة الحق

٢٧٠ - تطبيق القواعد العامة - عموماً متنوعة : حوالة الحق

عقد أو اتفاق يخضع في تكوينه وفي الآثار التي تترتب عليه للقواعد العامة التي تخضع لها العقود والاتفاقات . وقد رأينا ذلك في تكوين الحوالة ، وهذا هو الأمر أيضاً في الآثار التي تترتب عليها .

فإن كانت حوالة الحق معاوضة - بيعاً أو وفاء بمقابل أو رهناً أو هبة بعوض - فإن الآثار التي تترتب عليها هي الآثار التي تترتب على أى من هذه العقود اشتملت عليه الحوالة . ففي البيع يلتزم المحيل بنقل الحق وبضمان الاستحقاق ، ويلتزم المحال له بدفع الثمن . وقس على ذلك الوفاء بمقابل والرهن والهبة بعوض .

وإن كانت حوالة الحق تبرعاً محضاً ، أى هبة بغير عوض ، تترتب عليها من الآثار ما يترتب على الهبة ، فيلتزم المحيل بنقل الحق وبضمانه إذا أخفى سبب الاستحقاق ، ولا يلتزم المحال له بإداء عوض ما .

هذا هو تطبيق القواعد العامة . غير أن الحق الشخص الذي هو محل الحوالة تقتضى طبيعته الخاصة أن تقوم علاقات متنوعة تتناول المحال له والمحيل والمحال عليه والغير .

فهناك علاقة تقوم بين المحال له والمحيل ، وأخرى تقوم بين المحال له والمحال عليه ، وثالثة تقوم بين المحيل والمحال عليه ، ورابعة تقوم بين المحال له والغير ممن استمد حقاً من المحيل .

فنبعث على التهاقب كلا من هذه العلاقات الأربع .

الفرع الأول

علاقة المحال له بالمحيل

٢٧١ - النصوص القانونية : تنص المادة ٣٠٧ من التقنين المدني

على ما يأتي :

« تشمل حوالة الحق ضماناته ، كالكفالة والامتياز والرهن ، كما تعتبر
شاملة لما حل من فوائد وأقساط »

وتنص المادة ٣٠٨ على ما يأتي :

« ١ - إذا كانت الحوالة بعوض فلا يضمن المحيل إلا وجود الحق المحال
به وقت الحوالة ، ما لم يوجد اتفاق يقضي بذلك » .

« ٢ - أما إذا كانت الحوالة بغير عوض ، فلا يكون المحيل ضامناً حتى
لوجود الحق » .

وتنص المادة ٣٠٩ على ما يأتي :

« ١ - لا يضمن المحيل يسار المدين إلا إذا وجد اتفاق خاص على
هذا الضمان » .

« ٢ - وإذا ضمن المحيل يسار المدين ، فلا ينصرف هذا الضمان إلا إلى
اليسار وقت الحوالة ، ما لم يتفق على غير ذلك » .

وتنص المادة ٣١٠ على ما يأتي :

« إذا رجع المحال له بالضمان على المحيل طبقاً للمادتين السابقتين ، فلا يلزم
المحيل إلا برء ما استولى عليه مع القوائد والمصروفات ، ولو وجد اتفاق يقضي
بغير ذلك » .

وتنص المادة ٣١١ على ما يأتي :

« يكون المحيل مسئولاً عن أفعاله الشخصية، ولو كانت الحوالة بغير عوض أو لو اشترط عدم الضمان » (١).

(١) تاريخ التصوص :

م ٣٠٧ : ورد هذا النص في المادة ٤٣٣ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « تشمل حوالة الحق توابمه كالكفالة والامتياز والرهن الرسمى، كما تعتبر شاملة لما حل من فوائد وأقساط » وفى لجنة المراجعة حذفت كلمة « الرسمى » الواردة بعد كلمة « الرهن » ليحذف الرهن الرسمى وغيره من الرهون ، واستبدلت بكلمة « توابمه » كلمة « ضماناته » تنسيقاً بين هذه المادة والمادة ٣١٨ ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وأصبح قوله المادة ٣١٩ فى المشروع التامى. ووافق عليه مجلس النواب، فجلس الشيوخ تحت رقم المادة ٣٠٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٢٠ - ص ١٢٢) .

م ٣٠٨ : ورد هذا النص فى المادة ٤٣٥ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا أن الفقرة الثانية من نص المشروع التمهيدى كانت تتضمن فى آخرها عبارة « ما لم يتفق على غير ذلك » . وفى لجنة المراجعة حذفت هذه العبارة « حتى يتضح حكم هذه الفقرة مع حكم المادة ٤٣٧ من المشروع (وتقابل المادة ٣١٠ من التقنين المدنى الجديد) ، لأن المحيل بغير عوض لم يستول على شيء حتى يرد فى حالة الضمان المطلق عليه » . فأصبح نص المادة مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وصار وقها المادة ٣٢٠ فى المشروع التامى . ووافق عليها مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٣٠٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٢٢ — ص ١٢٣) .

م ٣٠٩ : ورد هذا النص فى المادة ٤٣٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٢١ من المشروع التامى ، فجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٣٠٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٢٤ — ص ١٢٥) .

م ٣١٠ : ورد هذا النص فى المادة ٤٣٧ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٢٢ من المشروع التامى . وقد ذكر فى هذه اللجنة ، بعد أن تسام أحد الأعضاء مما إذا كان المقصود من الحكم الأعمى منع الربا « أن المقصود من هذا الحكم أن يتحمل المالك له الفم والغرم ، لأن الحوالة تنطوى على معنى المضاربة » . ووافق مجلس النواب على النص ، ثم وافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ٣١٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٢٦) .

م ٣١١ : ورد هذا النص فى المادة ٤٣٨ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا خلافاً لفظياً طفيفاً أزلته لجنة المراجعة ، فأصبح مطابقاً تماماً ، وصار رقم المادة ٣٢٣ فى المشروع التامى . ووافق عليها مجلس النواب، فجلس الشيوخ تحت رقم ٣١١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٢٧ — ص ١٢٨) .

وتقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق المواد ٣٥١ - ٣٥٣/٣٥٣ - ٤٤١ (١).

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى: في التقنين المدني السوري المواد ٣٠٧-٣١١- وفي التقنين المدني الليبي المواد ٢٩٤-٢٩٨- وفي التقنين المدني العراقي المواد ٣٦٥ و ٣٦٨ - ٣٧١، وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادتين ٢٨٤ - ٢٨٥/١ (٢).

(١) التقنين المدني السابق م ٤٣٩/٣٥١ : لا يضمن البائع للمشتري إلا وجود الحق المبيع في وقت البيع ، وضمانه تكون قاصرة على ثمن المبيع والمصاريف .
م ٤٤٠/٣٥٢ : لا يضمن المحيل يسار المدين في الحال ولا في الاستقبال إلا إذا وجد شرط صريح لكل من الحالتين المذكورتين .
م ٤٤١/٣٥٣ : إذا باع شخص مجرد دعوى بدين أو بمجرد حق ، فلا يكون مثولاً عن وجود الدين ولا عن وجود ذلك الحق .
وأحكام التقنين المدني السابق لا تختلف عن أحكام التقنين المدني الجديد .
(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري : م ٣٠٧ - ٣١١ (مطابقة للمواد ٣٠٧ - ٣١١ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي : م ٢٩٤ - ٢٩٥ و ٢٩٧ - ٢٩٨ (مطابقة للمواد ٣٧٠ - ٣٠٨ و ٣١٠ - ٣١١ من التقنين المدني المصري) .

م ٢٩٦ (مطابقة لفقرة الأول من المادة ٣٠٩ من التقنين المدني المصري) .
التقنين المدني العراقي : م ٣٦٥ و ٣٦٨ و ٣٧٠ (مطابقة للمواد ٣٠٧ و ٣٠٨ و ٣١٠ من التقنين المدني المصري) .

م ٣٦٩ (مطابقة لفقرة الثانية من المادة ٣٠٩ من التقنين المدني المصري) .
م ٣٧١ : يضمن المحيل تعديده حتى لو كانت الحوالة بغير عوض ، وحتى لو اشترط علم الضمان (وهي موافقة في الحكم لمادة ٣١١ من التقنين المدني المصري) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني : م ٢٨٤ : يجب على المتضرغ أن يسلم إلى المتضرغ له سدة الدين ، وأن يحوله ما لديه من الوسائل لإثبات الحق المتضرغ عنه والحصول عليه . وهو يضمن المتضرغ له — فيما خلا المتضرغ المجاني — وجود الحق المتضرغ عنه وقت إجراء التضرغ مع صحة هذا الحق ، غير أنه لا يضمن ملادة المدين . أما إذا كان الاتفاق ينص على العكس فيما يخص ملادة المدين ، فيجب أن يكون النص الراجع إليها مقتصرأ على الملادة الحاضرة ، وأن تقتصر التبعة على قيمة بدل التضرغ ، إلا إذا كان هناك تصريح بخالف .

م ١/٢٨٥ : إن التضرغ ينتقل إلى المتضرغ له الدين مع جميع ملحقاته ، كالكفالة والاختيار والقرن والتأمينات العينية غير المنقولة ، وفقاً للصيغ والشروط المنصوص عليها في قانون الملكية والحقوق العينية ، كما ينتقل جميع العيوب المتعلقة بالدين والخصائص الملازمة له . =

ويتبين من هذه النصوص أنه في العلاقة ما بين المحال له والمحيل (١) ينتقل الحق المحال به من المحيل إلى المحال له بمجرد انقضاء الحوالة ، وينتقل هذا الحق كما هو بما له من صفات وما يشتمل عليه من ضمانات وتوابع وما يلحق به من دفع (٢). (٣) يلتزم المحيل نحو المحال له بالضمان .

أما ما يلتزم به المحال له نحو المحيل فيختلف باختلاف الحوالة . فإن كانت الحوالة بيعاً ، التزم المحال له بدفع الثمن . وإن كانت مقايضة أو وفاء بمقابل ، التزم المحال له بأداء العوض (٤) . وإن كانت هبة ، لم يلتزم المحال بأداء أى عوض ، إلا إذا كانت هبة بعوض فيلتزم بأداء هذا العوض . وإن كانت رهناً ، التزم المحال له - بمقتضى مصلح آخر لا بعقد الحوالة - أن يوفى المحيل الحق الذى يضمه الرهن ، وهكذا . فالتزام المحال له نحو المحيل يختلف إذن باختلاف الحوالة ، ودراسة هذا الالتزام تدخل في دراسة العقد الذى اشتملت عليه الحوالة ، فلا شأن لنا به هنا .

وإنما يعني أن نبحث ما يلتزم به المحيل نحو المحال له : انتقال الحق المحال به والضمان .

- وهذه الأحكام متفقة مع أحكام التقنين المدنى المصرى ، فيما عدا أن التقنين اللبناني، وإن كان يحمل رجوع المحال بالضمان على المحيل مقصوداً في الأصل على استرداد ما دفع مع الفوائد والمصروفات ، إلا أنه يميز الاتفاق على غير ذلك ، فيصح أن يشترط المحال له في عقد الحوالة أن يرجع بكل الحق . أما التقنين المدنى المصرى فيحتم أن يكون الرجوع مقصوداً على استرداد ما دفع مع الفوائد والمصروفات ، ولا يبيح الاتفاق على غير ذلك (انظر الدكتور صبحى المحصانى في انتقال الالتزام في قانون المدنى اللبناني ص ٢٩) .

(١) حل أنه إذا كانت الحوالة على سبيل الرهن ، فإن ملكية الحق لا تنتقل إلى المحال له ، بل ينتقل إليه حتى متى عليه هو حق الرهن .

(٢) وقد يكون العوض وفاء دين ، فإذا زل شريك لشريكه عن نصيبه في الشركة في مقابل دفع ديون الشركة التي تخصه ، كانت هذه حوالة صحيحة (استئناف مخطط ١٩ مايو سنة ١٩٢٦ . ٢٨ م ص ١٢٠) .

المبحث الأول

انتقال الحق المحال به من المحيل إلى المحال له

٢٧٢ - انتقال الحق بصفاته وتوابعه : قلنا إن الحق المحال به ينتقل بالحوالة من المحيل إلى المحال له . والحق الذي ينتقل هو نفس الحق الذي كان في ذمة المحال عليه للمحيل ، فينتقل إذن بصفاته ودفعه ، ثم تنتقل معه بضما توابعه (١) .

المطلب الأول

انتقال الحق بصفاته ودفعه

٢٧٣ - انتقال نفس الحق بمجرد انقضاء الحوالة : بمجرد أن تنتقد الحوالة بين المحيل والمحال له ، أى حتى قبل أن تكون نافذة في حق المدين وفي حق الغير بالإعلان أو القبول ، يندثر نفس الحق المحال به من المحيل إلى المحال له (٢) ، وينتقل بكل قيمته حتى لو كان المحال له دفع فيه ثمناً أقل كما هو الغالب (٣) . ذلك أن الحق المحال به ، وإن كان حقاً شخصياً ، يعتبر منقولاً معيناً بالذات ،

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيلي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٢١ .

(٢) استئناف مخطوط ٨ فبراير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٥٨ .

(٣) وقد قضت محكمة دمياط بأنه إذا اشترى المحال له الدين بأقل من قيمته الإسمية ، كان له الحق في مطالبة المدين بكامل الدين (٧ يناير سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٢ رقم ١٥٠ ص ٣١٠) . هذا ما لم يكن الدين متنازلاً فيه ، فمعد ذلك يجوز للمدين التخلص من الدين برده الثمن الذي دفعه المحال له للمحيل والمصروفات والفوائد من وقت الدفع ، وقد تقدم بيان ذلك (انظر آنفاً فقرة ٢٥٣) .

ولا يرجع المحال له على المدين بمصروفات الحوالة ذاتها ، فهذه يتحملها هو (استئناف مخطوط ٧ نوفمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ١٤ — ١١ أبريل سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢١١) .

فتنتقل ملكيته فيما بين المتعاقدين - أى فيما بين الحيل والمحيل له - بمجرد العقد دون حاجة إلى أى إجراء آخر (١) .

والحق الذى ينتقل هو نفس الحق الذى كان فى ذمة المدين للمحيل ، فيصبح - بعد أن تصبح الحوالة نافذة فى حق المدين - فى ذمة المدين للمحال له . ولما كان الذى ينتقل هو نفس الحق ، فإنه ينتقل بماله من صفات وما عليه من دفع . فان كان حقاً مدينياً أو تجارياً ، انتقل بصفته هذه إلى المحال له . وإن كان حقاً قابلاً للتنفيذ بموجب حكم أو سند رسمى ، انتقل إلى المحال له بهذه الصفة أيضاً . وإن كان حقاً ينتج فوائد ، انتقل بقابليته لإنتاج الفوائد . وهكذا .

كذلك ينتقل الحق بما عليه من دفع ، فيجوز للمدين أن يتمسك قبل المحال له بنفس الدفع الذى كان يصح له أن يتمسك بها قبل المحيل ، وسيأتى بيان ذلك .

ويترتب على ما قدمناه أنه بعد انعقاد الحوالة ، وقبل صيرورتها نافذة فى حق المدين ، يتمتع على المحيل أن يطالب المدين بالحق المحال به . فإذا وفاه المدين الدين وهو حسن النية لا علم له بالحوالة ، فان الوفاء يكون صحيحاً مبرئاً للذمة من جانب المدين ، ولكن المحيل يكون مسئولاً قبل المحال له بالضمآن .

٢٧٤ - تسليم سرائر ووسائل إثبات : وانتقال الحق إلى المحال

له يقتضى أن يلتزم المحيل بتسليم المحال سند هذا الحق والوسائل التى تؤدى إلى إثباته . وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يتضمن نصاً فى هذا المعنى ، فكانت المادة ٤٣٤ من هذا المشروع (٢) تجرى على الوجه الآتى :

« يجب على المحيل أن يسلم إلى المحال له سند الحق المحال به ، وإن يقدم له وسائل إثبات هذا الحق وما هو ضرورى من بيانات لتمكينه من حقه » . وقد

(١) وقد سبق الإشارة إلى أنه يحسن القول بأن الحق ينتقل بالحوالة ، دون القول بأن الحوالة تنشئ التزاماً بنقل الحق يتم تنفيذه بمجرد نشوئه (انظر آنفاً ققرة ٢٩٢) .

(٢) انظر أيضاً المادة ٣٦٧ من التقنين المدنى العراق والمادة ٢٨٤ من تقنين الموجبات والمقود البناني .

حذف هذا النص في لجنة المراجعة (١) ، ولكن حذفه لا يفيد أن حكمه قد نسخ ، ففي تطبيق القواعد العامة غناء عنه .

والذي يقع عادة أن سند الحق هو الذي تدون فيه الحوالة ، ويسلمه المحيل إلى المحال له كسند لصدور الحوالة ذاتها وكسند للحق المحال به في وقت واحد . فإذا كان الحق المحال به غير ثابت بالكتابة ، صحت مع ذلك حوالته كما قدمنا ، وعلى المحيل أن يهيئ للمحال له وسائل إثبات هذا الحق من بينة وقرائن وغير ذلك .

وإذا كان المحال به هو جزء من الحق ، بقي السند مشتركاً بين المحيل والمحال له (٢) .

وسرى أن توابع الحق تنتقل معه . فإذا كان هناك ضمان للحق المحال به ، وجب على المحيل تمكين المحال له من هذا الضمان ، بأن يعاون في التأشير على هامش القيد إذا كان الضمان هو رهن رسمى أو رهن حيازي عقارى أو حق امتياز عقارى أو حق اختصاص ، وبأن يسلم للمحال له سند الكفالة إذا كان الضمان هو كفيل شخصى .

(١) مجموعة الأعمال التفسيرية ٣ ص ١٢٠ في الهامش — وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن تسليم الحقوق المبيعة يكون باعطاء سنداتهما للمشتري بالترخيص له فى الانتفاع بها إذا لم يوجد مانع من الانتفاع (استئناف مصر ٣١ مارس سنة ١٩٢٩ المجموعة الرسمية ٣٠ رقم ١٢٧ ص ٣٠٧) . وإذا كانت الحوالة بمقابل ، ولم يدفع المحال له هذا المقابل للمحيل ، كان لهذا الأخير أن يجس سند الدين حتى يستوفى المقابل . وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن التنازل عن الدين يعتبر بمثابة عقد بيع بمقتضى المادة ٣٤٨ مدق ، فتسرى عليه قواعد البيع ، ويكون للبائع حتى جسد المبيع إذا لم يكن سلمه إلى المشتري ، كما يجوز له أن يتردد المبيع إذا كان قد سلمه إليه (استئناف مصر ٣١ مارس سنة ١٩٢٩ المجموعة الرسمية ٣٠ رقم ١٢٧ ص ٣٠٧) . وإذا لم يوف المحال له القسط الأخير من مقابل الحوالة للمحيل ، وكان المحيل قد اشترط فى هذه الحالة أن يكون له حق تقدم على الحق المحال به فيما يتبقى من المقابل ، لم يجوز للمحيل أن يفسخ الحوالة ، وحل محل المحال له فى جزء من الحق المحال به بمقتضى ما تبقى من المقابل (استئناف مخطوط ٢٩ مايو سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ٢٣٣) .

(٢) ويمكن إيداع السند عند أمين لحساب كل من المحيل والمحال له . وإذا كان السند ورقة رسمية ، جاز استخراج صورة منها للمحال له أو للمحيل (بودرى وسينيا فقرة ٨٠٨ — بلانجيل وريير وروان ٧ فقرة ١١٢٥) .

المطلب الثاني

انتقال توابع الحق المحال به

٢٧٥ - انتقال ضمانات الحق : قدمنا أن المادة ٣٠٧ مدني تقضى بأن

تشمل حوالة الحق ضماناته ، كالكفالة والامتياز والرهن . وهذا طبيعي ، فان ضمانات الحق هي من توابعه ، ومن شأنها أن تؤكدوه وتقويه . ولا شك في أن المحال له اعتمد عليها عندما حول له الحق . فإلم يكن هناك اتفاق خاص بين المحيل والمحال له على عدم انتقال هذه الضمانات أو بعضها ، فانها تنتقل من غير حاجة إلى ذكر ذلك في عقد الحوالة بحكم أنها من توابع الحق المحال به (١) .

وقد ذكر النص الكفالة والامتياز والرهن ، ولم يذكر ذلك على سبيل الحصر ، بل على سبيل التمثيل . فكل ضمانات الحق المحال به تتبعه وتنتقل معه إلى المحال له ، سواء كانت هذه الضمانات عينية كالرهن الرسمي وحق الاختصاص والرهن الحيازي وحقوق الامتياز ، أو كانت شخصية كالكفالة والتضامن وعدم القابلية للانقسام .

فاذا كان للحق المحال به كفيل شخصي ، بقى هذا الكفيل ضماناً للحق للمحال له كما كان ضماناً لإياه للمحيل ، ولا حاجة لرضائه بالحوالة (٢) إذ هو يكفل المدين ، وشخص المدين هو الذي يعنيه والمدين لم يتغير وإنما تغير الدائن ، شأنه في ذلك شأن المدين نفسه وقد تغير عليه الدائن دون حاجة إلى رضاه . على أنه لا بد من إعلان الكفيل بالحوالة أو قبوله لها حتى يعلم بها ، فانه إذا كان لا يعلم بالحوالة ووفى الدين عن المدين كان الوفاء صحيحاً مبرئاً لذمته .

وإذا كان المدينون في الحق المحال به متعددين وكانوا متضامنين ، فان الحق ينتقل إلى المحال له قبل هؤلاء المدينين المتضامنين جميعاً ، ولا بد من إعلانهم

(١) استئناف مختلط ١٠ ديسمبر سنة ١٩١٩ م ٣٢ ص ٥٩ .

(٢) استئناف مختلط ٣٠ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٢٣٥ .

كلهم بالحوالة أو قبولهم لما حتى تنفذ في حقهم كما سبق القول . وكذلك الأمر لو كان الدين غير قابل للانقسام وكان مدينوه متعددين (١) .

٢٧٦ — انتقال ماحل من فوائد وأقساط : وتقول المادة ٣٠٧ مدني

أيضاً إن حوالة الحق تعتبر شاملة لما حل من فوائد وأقساط . وقد قدمنا أن الحق ينتقل بصفاته إلى المحال له ؛ فلو كان حقاً مقسطاً أو كان حقاً ينتج فوائد ، انتقل على هذه الصفة . ويكون للمحال له في هذه الحالة الحق في قبض الفوائد والأقساط التي لم تحل ، ولو كان ذلك عن مدة سابقة على عقد الحوالة . فلو أن حقاً ينتج فوائد قسط أقساطاً سنوية ، ويحل القسط الأول منه هو والفوائد في آخر عام ١٩٥٧ ، وحول الحق في آخر شهر يونيه سنة ١٩٥٧ ، فإن المحال له يستحق أقساط الحق وفوائده ، ويدخل في ذلك القسط الأول ولو أن بعضه عن نصف سنة سابقة على صدور الحوالة ، ويدخل في ذلك أيضاً فوائد الحق جميعها ولو أن بعضها مستحق عن نصف السنة السابقة على الحوالة .

بل إن المحال له يستحق ماحل فعلاً وقت صدور الحوالة من فوائد وأقساط مادام المحيل لم يقبضه . فلو أن الحوالة في المثل المتقدم صدرت بعد آخر عام ١٩٥٧ ، ولم يكن القسط الأول والفوائد قد دفعت قبل صدور الحوالة ، فإن المحال له يستحقها جميعاً ولو أنها مستحقة عن مدة كلها سابقة على الحوالة . ذلك أنها تعتبر من توابع الحق المحال به ، فما لم يحتفظ المحيل بها صراحة أو ضمناً ، فإن المفروض أنه قبل أن تنتقل مع الحق المحال به إلى المحال له ، شأنها في ذلك شأن التوابع الأخرى (٢) .

(١) وتنتقل أيضاً مع الحق المحال به كل ميزة أخرى متصلة بالحق ولو لم تكن ضماًناً له . فلو أن مستأجراً حصل من المؤجر في عقد الإيجار على وعد ببيع العين المؤجرة ، ثم نزل المستأجر من الإيجار لآخر ، فإن المئنازل له ينتقل إليه حق المستأجر في الإيجار ومعه الحق في الوعد بالبيع الصادر من المؤجر (انظر في هذا المعنى بودري وسينيا فقرة ٨١١) .

(٢) ديرانتون ١٦ فقرة ٥٠٧ — هيك ٢ فقرة ٤٤٨ — بودري وسينيا فقرة ٨١٠ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٢٦ ص ٥١٢ — ص ٥١٣ — انظر عكس ذلك لوران ٢٤ فقرة ٥٣٣ .

٢٧٧ — انتقال الرعاوى التى تؤكد الحق المحال به دونه الرعاوى

التي تنافيه : وقد يصحب الحق المحال به دعاوى بعضها تؤكد وبعضها تنافيه ،
فالدعاوى التي تؤكد هي التي تنتقل معه إلى المحال له لأنها تعتبر من توابيع الحق ،
أما الدعاوى التي تنافيه فهي تتعارض معه ولا تعتبر من توابعه فلا تنتقل إلا
باتفاق خاص بين المحيل والمحال له .

ولإيضاح ذلك نفرض أن البائع قبل أن يستوفى الثمن من المشتري حول هذا
الحق إلى آخر وكان البائع يحق له أن يبطل هذا البيع لسبب يرجع أما إلى نقص
في الأهلية أو إلى عيب في الإرادة كغلط أو تدليس أو إكراه . فهنا يصحب الحق
المحال به دعويان : الأولى دعوى الفسخ لعدم وفاء المشتري بالثمن ، والأخرى
دعوى الإبطال لنقص الأهلية أو للعيب في الإرادة .

أما دعوى الفسخ فن شأنها أن تؤكد الحق المحال به ، إذ هي بمثابة ضمان
للبيئ لا استيفاء حقه من المشتري ، وتعديل حق الامتياز على المبيع . وإذا كان
حق الامتياز يكفل للبائع أن يستوفى الثمن ببيع العين المبيعة جبراً على المشتري ،
فإن دعوى الفسخ تكفل للبائع أن يسترد العين المبيعة ذاتها ، وقد يكون
مجرد التهديد بها كافياً لدفع المشتري إلى الوفاء بالثمن (١) . ومن ثم تنتقل دعوى
الفسخ بالحوالة من المحيل إلى المحال له (٢) ، ويستطيع هذا إذا لم يستوف من
المشتري الثمن المحال به أن يفسخ البيع كما لو كان هو البائع ويأخذ العين المبيعة
بدلاً من الثمن (٣) .

(١) بودرى وسينيا فقرة ٨١٢ ص ٨٥٣ — ص ٨٥٤ .

(٢) الأستاذ إسحاق غانم في أحكام الالتزام فقرة ٢٢٩ ص ٣١٨ .

(٣) استئناف مختلط ١٦ يناير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٣٧ — انظر عكس ذلك لوران ٢٤

فقرة ٥١٥ — الأستاذ شفيق شحاتة في حوالة الحق في قوانين البلاد العربية فقرة ٤٨ ص ٤٢ .
عل أن هناك حالات لا يستطيع فيها المحال له أن يفسخ البيع ويأخذ المبيع من المشتري ،
وذلك عندما يكون المبيع متصلاً اتصالاً وثيقاً بملك البائع ، كما إذا كان حق ارتفاق رتبة البائع
للمشتري على أرضه أو حائطاً جعله البائع مشتركاً بينه وبين المشتري . ففي مثل هذه الحالات
مقتضى الفسخ أن يزول الارتفاق ولكن لمصلحة البائع لا لمصلحة المحال له ، أو أن ترجع الحائط
ملكاً خالصاً ولكن للبائع لا للمحال له ، فلا يفيد المحال شيئاً من الفسخ . ومن ثم تستعصى طبائع
الأشياء على أن يكون للمحال له دعوى الفسخ ، فلا تنتقل هذه الدعوى مع الحق المحال به إلى
المحال له (انظر في هذا المعنى بودرى وسينيا فقرة ٨١٣) .

وأما دعوى الإبطال فإنها تنافي الحق المحال به . ذلك أن البائع إذا حول الثمن ، فهو بهذه الحوالة يؤكد وجوده في ذمة المشتري ، وما ينافي هذا التأكيد لإبطال البيع — وهو مصدر الالتزام بالثمن — لنقص في الأهلية أو لعبيب في الإرادة . والبائع ، عند الحوالة بالثمن ، إما أن يكون عارفاً بوجود دعوى الإبطال ، فاقداه على حوالة الثمن يعتبر إجازة ضمنية للبيع ، وإما أن يكون غير عارف بوجود هذه الدعوى ، فلا يمكن افتراض أنه أراد تحويلها . ومن ثم لا تنتقل دعوى الإبطال مع الحق المحال به ، لأنها لا تعتبر من توابع هذا الحق ، إذ هي لا تؤكد وجوده بل تنفي هذا الوجود . كل ذلك ما لم يكن هناك اتفاق خاص بين المحيل والمحال له على انتقال دعوى الإبطال مع الحق المحال به (١) .

المبحث الثاني

إلتزام المحيل بضمان الحق المحال به للمحال له

٢٧٨ — مآلاته : إذا استعرضنا نصوص المواد ٣٠٨ — ٣١١ مدني السالف ذكرها ، وهي النصوص الخاصة بإلتزام المحيل بضمان الحق المحال به ، وجدنا أن هناك مسألتين : (١) ما يضمنه المحيل للمحال له (٢) وما يرجع به المحال له على المحيل عند تحقق الضمان .

المطلب الأول

ما يضمنه المحيل للمحال له

٢٧٩ — مآلات مختلفة : أول ما يضمن المحيل أفعاله الشخصية ، فإن المادة ٣١١ مدني تنص كما رأينا ، على أن « يكون المحيل مسئولاً عن أفعاله الشخصية ، ولو كانت الحوالة بغير عوض أو لو اشترط عدم الضمان » .

(١) انظر في هذا المعنى أوبري ورو هـ فقرة ٣٥٩ مكررة هامش رقم ٤٩ — جيلوار ٢ فقرة ٨١٩ — ميك ٢ فقرة ٤٤٩ — بودري وسينيا فقرة ٨١٢ ص ٨٥٢ — ص ٨٥٣ — وقارن بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٢٦ ص ٥١٥ .

ثم هو بوجه عام يضمن - عدا أفعاله الشخصية - وجود الحق الذي حوله ، وهذا هو الضمان بحكم القانون (garantie de droit) . ويجب التمييز في ذلك بين ما إذا كانت الحوالة بعوض أو كانت بغير عوض .

وقد يتفق مع الحال له على ضمان أخف أو أشد من هذا الضمان الذي يفرض عليه بحكم القانون ، وهذا هو الضمان الاتفاقى أو الضمان الواقعى (garantie de fait) . وهنا أيضاً يجب التمييز بين الحوالة بعوض والحوالة بغير عوض .

فنتجمع لنا بذلك الحالات الآتية : (١) ضمان المحيل لأفعاله الشخصية . (٢) الضمان فى الحوالة بعوض بحكم القانون . (٣) الضمان فى الحوالة بعوض بحكم الاتفاق . (٤) الضمان فى الحوالة بغير عوض بحكم القانون . (٥) الضمان فى الحوالة بغير عوض بحكم الاتفاق .

٢٨٠ - ضمان المحيل لوقعائه الشخصية : يضمن المحيل للمحال له

جميع الأفعال التى تصدر منه بعد صدور الحوالة ويكون من شأنها الانتقاص من الحق المحال به أو زواله .

فيكون مسئولاً ، بحكم هذا الضمان ، إذا هو بعد الحوالة ، وقبل صيرورتها نافذة فى حق المدين ، استوفى الحق من هذا الأخير ، سواء كان متواطئاً معه أو غير متواطئ ، وسواء كان المدين يعلم بصنور الحوالة أو لا يعلم . فان فعل ذلك ، رجع عليه المحال له بالضمان على الوجه الذى سنبينه ، لأن المحيل مسئول عن الفعل الشخصى الذى صدر منه بعد صدور الحوالة ، وهذا الفعل هو استيفاء الحق من المدين .

ويكون مسئولاً أيضاً ، بحكم هذا الضمان ، إذا هو بعد الحوالة ، وقبل صيرورتها نافذة فى حق الغير ، تصرف فى الحق المحال به تصرفاً مناقضاً للحوالة الأولى ، بأن باعه مرة أخرى أو هبه أو رهنه أو أجرى فيه أى تصرف آخر . فاذا عمد المحيل بعد الحوالة الأولى إلى تحويل الحق مرة أخرى إلى محال له ثان ، واستطاع هذا المحال له الثانى جعل حوالته نافذة فى حق المحال له الأول ، رجع المحال له الأول على المحيل بالضمان من جراء فعل شخصى صدر منه ، هو تصرفه فى الحق المحال به بعد أن حوله .

ويكون مسئولاً كذلك ، بحكم هذا الضمان ، إذا عمد أحد دائئيه ، بعد صدور الحوالة وقبل صيرورتها نافذة في حق الغير ، إلى توقيع حجز تحفظي على الحق المحال به وصار هذا الحجز نافذاً في حق المحال له . فان المحال له في هذه الحالة يرجع بالضمان على المحيل بسبب أن الحجز التحفظي ، وإن لم يكن عملاً شخصياً صادراً من المحيل نفسه ، هو عمل صادر من جهته وبسبب الدين الذي في ذمته للدائن الحاجز .

والمحيل مسئول عن أفعاله الشخصية التي تصدر بعد الحوالة على النحو الذي قلناه ، مادامت هذه الأفعال تنتقص من الحق المحال به أو تنتقص من توابعه كرهن أو أى ضمان آخر (١) . ويستوى في ذلك أن تكون الحوالة بعوض أو بغير عوض ، وأن يكون الضمان بحكم القانون أو بحكم اتفاق يشدد أو يخفف من مسئولية المحيل ، بل تتحقق المسئولية على النحو المتقدم حتى لو اشترط المحيل عدم الضمان . فالمسئولية هنا ناشئة عن خطأ تقصيري ، ولا يجوز الاتفاق على استبعاد أو تعديل المسئولية . وهذا ما نصت عليه صراحة المادة ٣١١ مدني ، كما رأينا ، إذ تقول : « يكون المحيل مسئولاً عن أفعاله الشخصية ، ولو كانت الحوالة بغير عوض أو لو اشترط عدم الضمان » (٢) .

(١) استئناف مخطوط ١٠ فبراير سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ٥٨ .

(٢) وقد يقال أن المسئولية هنا ناشئة من عقد الحوالة ، وأن المادة ٣١١ مدني ليست تقريراً للقواعد العامة في المسئولية التقصيرية ، بل هي تفرض على المحيل التزاماً بضمان أفعاله الشخصية نشأ من تعاقد مع المحال له . ولكن يفترض هذا القول أنه لو صح لجاز للمحيل اشتراط عدم الضمان من فعله الشخصي الذي لا يعتبر غشاً أو خطأ جسيماً ، إذ يجوز للمدين في المسئولية التقديرية أن يشترط إضفاء من أية مسئولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى إلا ما ينشأ من غشه أو من خطئه الجسيم (م ٢١٧/٢ مدني) ، في حين أن المادة ٣١١ مدني تبطل اشتراط عدم الضمان عن أى خطأ ، دون تمييز بين خطأ وخطأ . ومهما يكن من أمر ، فإنه إذا تحققت مسئولية المحيل عن أفعاله الشخصية ، كان ملتزماً بتعويض المحال له تعويضاً كاملاً ، ولا يقتصر على رد ما استولى عليه مع الفوائد والمصروفات . وهذا الحكم يتفق ، لا فحسب مع قواعد المسئولية التقديرية ، بل أيضاً مع قواعد المسئولية التقديرية . أما ما نصت عليه المادة ٣١٠ مدني من أن التزام المحيل بالضمان يقتصر على رد ما استولى عليه مع الفوائد والمصروفات ولو وجد اتفاق يقضي بغير ذلك ، فإن هذا لا يشمل مسئولية المحيل من أفعاله الشخصية ، إذ أن هذه المسئولية لا يمتثلها حكم المادة ٣١٠ مدني كما سيأتى (انظر فقرة ٢٨٥) .

٢٨١ - الضمان في الحوالة بعوض . محكم القانون : إذا كانت

الحوالة بعوض ، ولم يكن هناك اتفاق خاص على الضمان بين المحيل له ، فإن المحيل يضمن للمحال له ، بحكم القانون (١) ، وجود الحق المحال به وقت الحوالة (٢) . وهذا هو ما تقتضيه الفقرة الأولى من المادة ٣٠٨ مدني ، فقد رأينا أنها تنص على أنه « إذا كانت الحوالة بعوض ، فلا يضمن المحيل إلا وجود الحق المحال به وقت الحوالة (٣) » .

ويكون الحق المحال به غير موجود وقت صلور الحوالة ، فيجب على المحيل

(١) نقول بحكم القانون ، أي دون أن تكون هناك حاجة إلى اتفاق خاص ، وإلا فإن الالتزام بالضمان مصدره عقد الحوالة ، الذي يلزم المحيل بموجب أن ينقل الحق المحال به إلى المحال له ، ولم يتم بالتزامه . تبقى حالة ما إذا كان الحق المحال به غير موجود أصلاً ، إذ قد يقال إن الحوالة في هذه الحالة تكون باطلة لانعدام محلها ، والعقد الباطل لا ينشئ التزاماً بالضمان ، إذ لا يترتب أثر على العقد الباطل . والقول بأن أساس الالتزام بالضمان في هذه الحالة هو الخطأ عند تكوين العقد (انظر الأستاذ شفيق شحاتة في حوالة الحق في قوانين البلاد العربية ص ٢٦ هامش رقم ١) يمارسه أن المشرع المصري قد استبعد هذه النظرية بعد أن كان المشروع التمهيدي (م ٢٠٤ من المشروع) قد نص عليها . فلا يبق إذن إلا القول بأن المسؤولية هنا مسئولية قانونية ، حدد القانون (م ٣٠٨ مدني) نطاقها ، فجعل الجزء فيها مقصوراً على رد الثمن والمصرفات ولم يجعله تعويضاً كاملاً ، وأجاز استبعادها باتفاق خاص . أما إذا قلنا بأن المسؤولية لا تزال مسئولية عقدية ، فلا بد من افتراض أن عقد الحوالة إذا وقع على حق غير موجود يبقى قائماً من حيث إلزام المحيل بالضمان . فكان الحوالة تفترض وجود عقد آخر إلى جانبها يلزم المحيل بالضمان إذا كان الحق المحال به غير موجود ، فإذا كانت الحوالة باطلة لانعدام محلها ، فإن هذا العقد الآخر يبقى قائماً وهو مصدر الالتزام بالضمان (ويؤيد ذلك أن الحوالة في التقنين الألماني تشتمل على اتفاق ناقل للالتزام وهذا عقد مجرد واتفاق منتهى لالتزامات شخصية : انظر ما يلي فقرة ٣١٣ في هامش) . أو يقال إن عقد الحوالة الباطل قد تحول هو ذاته إلى عقد منتهى للالتزام بالضمان ، طبقاً لنظرية تحول العقد : انظر المادة ١٤٤ مدني ، وانظر في هذا المعنى فيما يتعلق ببيع ملك الغير الأستاذ سليمان مرقس والأستاذ محمد علي أمام في عقد البيع فقرة ٢٨١ ص ٤٦١ — ص ٤٦٢ .

(٢) استئناف مخطط ٢١ مارس سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٢٠٢ — مصر مستعجل ٢٨ يوليو سنة ١٩٣٧ الهامة ١٩ رقم ١٨١ ص ٤١٨ .

(٣) انظر المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٢٧ .

الضمان، إذا كان مصدر هذا الحق عقداً باطلاً (١). فإذا كان مصدر الحق عقداً قابلاً للإبطال لمصلحة المدين الذي ترتب الحق في ذمته، وأبطله هذا فعلاً، صار الحق غير موجود ووجب الضمان على المحيل، حتى لو كان الحكم بالإبطال قد صدر بعد صدور الحوالة، لأن للإبطال أثرًا رجعيًا فيعتبر الحق كأنه لم يوجد أصلاً، ومن ثم لا يكون موجوداً وقت صدور الحوالة (٢). ويجب الضمان أيضاً على المحيل إذا كان الحق المحال به قد انقضى قبل صدور الحوالة بأي سبب من أسباب الانقضاء، كأن يكون المحيل قد استوفاه أو قضاه بالتجديد أو بالمقاصة أو باتحاد الذمة أو بالإبراء أو أن يكون الحق قد انقضى بالتقادم. أما إذا كان الحق قد انقضى بعد صدور الحوالة بفعل المحيل، كما إذا كان قد استوفاه أو جرده أو أبرأ منه ذمة المدين بعد أن صدرت منه الحوالة، فانه يكون ملتزماً بالضمان، ولكن بسبب فعل شخصي قد صدر منه على النحو الذي قدمناه. ويصح أيضاً أن يكون الحق المحال به قد انعدم وقت صدور الحوالة، فيجب الضمان على المحيل، إذا كان هذا الحق معلقاً على شرط فاسخ ولا يعلم المحال له بهذا الشرط، ثم تحقق الشرط الفاسخ قبل صدور الحوالة أو بعد صدورهما، فينعدم الحق بأثر رجعي ويتبين أنه لم يكن موجوداً وقت الحوالة، فيكون المحيل ملتزماً بالضمان. أما لو كان المحال له يعلم أن الحق معلق على شرط فاسخ وقبل الحوالة على هذا الوصف، ثم تحقق الشرط بعد صدور الحوالة، فانه لا يرجع بالضمان على المحيل. كذلك يكون الحق غير موجود قبل صدور الحوالة، فيجب على المحيل الضمان، إذا ظهر أن المحيل كان قد تصرف فيه قبل حوالاته، بأن كان مثلاً، بموجب حوالة سابقة، قد باعه أو وهبه أو رهنه وأصبحت هذه الحوالة السابقة

(١) ومثل ذلك أيضاً إذا أعطى صراف عميلاً ورقة «بشكوت» مزورة، ولو كان الصراف يجهل تزويرها، فان تسليم الورقة إلى العميل يمد بمشابة حوالة حق غير موجود، فيلزم الصراف بالضمان (بودرى وسينيا فقرة ٨١٩). وكان في عهد التفتين المدني الأهل السابق يجب الضمان على المحيل إذا لم يقتل المدين الحوالة (استئناف مختلط ٢٣ مايو سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٣٥٨).
 (٢) بودرى وسينيا فقرة ٨١٩ — ولكن إذا كان الحق المحال به في ذمة قاصر، وحوله القاصر إلى محال له يعلم بأن الحق قابل للإبطال بسبب قصر المدين، لم يكن للمحال له الرجوع بالضمان على المحيل إذا طلب القاصر إبطال العقد (استئناف مختلط ١٦ مارس سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ١٥٦).

نافذة في حق الغير . أما إذا كان التصرف قد صدر بعد انعقاد الحوالة ولكنه أصبح نافذاً قبل نفاذها ، فإن المحيل يكون ملتزماً بضمان فعله الشخصي على النحو الذي قدمناه (١) .

وكما يكون المحيل ملتزماً بضمان وجود الحق ، يكون أيضاً ملتزماً بضمان وجود توابعه التي تنتقل معه . فإن كان للحق المحال به تأمين ، كرهن أو امتياز أو كفالة ، ضمن المحيل للمحال له ، بحكم القانون ودون حاجة إلى اتفاق خاص ، هذا التأمين (٢) . وهو لا يضمن إلا وجود التأمين في ذاته ، أي وجود الرهن أو الامتياز أو الكفالة ، دون أن يضمن كفاية الرهن أو الامتياز أو ملاءة الكفيل إلا إذا كان بينه ومن المحال له اتفاق خاص على ذلك ، وفي هذه الحالة نخرج من نطاق الضمان بحكم القانون إلى نطاق الضمان الاتفاق (٣) .

وضمان وجود الحق وتوابعه بحكم القانون إنما ينصب على هذا الوجود وقت انعقاد الحوالة . فإذا كان كل من الحق وتوابعه موجوداً في ذلك الوقت ، فقد برئت ذمة المحيل من الضمان ، ولو انقضى الحق أو شيء من توابعه بعد ذلك بسبب لا يرجع إلى المحيل . مثل ذلك أن يكون الحق قد بدأ التقدم يسرى ضده

(١) كذلك إذا تبين أن دائناً للمحيل قد حجز حجزاً تحفظياً على الحق المحال به قبل صدور الحوالة ، فإن المحيل يكون ملتزماً بالضمان . أما إذا كان الحجز قد وقع بعد صدور الحوالة ولكنه قبل نفاذها في حق الدائن ، فإن المحيل يكون مسئولاً عن ضمان فعله الشخصي كما سبق القول . والمحال له ، إذا كان قد اشترى الحق المحال به وغشى من استحقاقه ، أن يحبس الثمن حتى يزول الترض أو حتى يقدم المحيل كفيلاً ، لأن المحال له يكون في مركز المشتري (م ٤٥٧ / ٢ مدني) . ويتحقق ذلك ، فيجوز للمحال له حبس الثمن ، إذا وقع المدين حجزاً تحفظياً تحت يده نفسه قبل نفاذ الحوالة في حقه (استئناف مخطط ٢١ مارس سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٢٠٢) . ويمكن أن يكون الحق المحال به مريضاً لخطر الاستحقاق ، دون أن يكون قد استحق فضلاً (استئناف مخطط ٢١ مارس سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٢٠٣) .

(٢) وقد قضت محكمة طنطا بأن الضمان يشمل وجود الدين والتأمينات المتعلقة به والتي تعتبر من توابعه ، فإذا ثبت أن العين المرهونة رهن تأمين لدين محول لآخر لم تكن ملوكة لراهن بل ملوكة لغيره من وقت البيع ، كان التحويل لائياً ، وترتب عليه إلزام المحيل برد القيمة للمحال له (٢٠ مارس سنة ١٩٢٦ المحلة ٧ رقم ١٦١ ص ٢٢٤) .

(٣) استئناف مخطط ١٨ مارس سنة ١٨٩١ م ٧ ص ٢٧٤ — بلانيرول وديير ودهوان
٧ بقرة ١١٣٢ ص ٥٢٧ .

قبل صدور الحوالة دون أن يكتمل . فالحق يكون موجوداً وقت الحوالة ولا ضمان على المحيل ، حتى لو أن التقادم اكتمل بعد ذلك وسقط الحق (١). كذلك لو كان للحق المحال به تأمين هو رهن رسمي مقيد ، ولم يكن قد مضى على القيد وقت الحوالة عشر سنوات ، فإن الرهن يكون محفوظاً وقت صدور الحوالة ، فلا ضمان على المحيل ، حتى لو انقضت العشر السنوات بعد صدور الحوالة فسقط القيد قبل أن يجدده المحال له (٢) .

وما دام المحيل لا يضمن إلا وجود الحق وتوابعه ، فهو لا يضمن يسار المدين (٣) ، إلا إذا كان هناك اتفاق بينه وبين المحال له على هذا الضمان، وعندئذ نخرج من نطاق الضمان بحكم القانون إلى نطاق الضمان الاتفاقى . ومع ذلك يضمن المحيل يسار المدين دون أن يدخل فى نطاق الضمان الاتفاقى ، إذا كان يعلم أن المدين معسر وقد أخفى غشاً هذا الإعسار عن المحال له ، وهنا يكون الضمان ناشئاً عن الغش لا عن عقد الحوالة (٤) .

وغنى عن البيان أن المحيل إنما يضمن وجود الحق إذا كان غير متنازع فيه .

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن التزام المحيل باعتباره ضامناً بالاتفاق هو كالتزام كل كفيل التزام تبعي ، فإذا زال الدين بمضى المدة سقط تبعاً للزام المحيل (١٥ نوفمبر سنة ١٩٤٤ المجموعة الرسمية ٧/٤٦ و ٨ و ٩ و ١٠/١٣٦) . ويمكن تخريج هذا الحكم على أساس أن ذمة المحيل قد برئت من الضمان لوجود الحق وقت صدور الحوالة ، دون حاجة إلى تشبيه المحيل بكفيل للمدين .

(٢) بودرى وسينيا فقرة ٨٢١ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٣٢ — الموجز للمؤلف فقرة ٥٢٠ . لكن إذا كان سبب زوال التأمين يرجع إلى وقت سابق على الحوالة ، فإن المحيل يكون ضامناً لزوال التأمين . مثل ذلك أن يحول البائع الثمن بما يضمنه من حق امتياز ، ثم يشر إنفلاس المشتري ويحكم ببطلان الامتياز لحصول القيد فى المدة المشتبه فيها (période suspecte) وهى سابقة على الحوالة . فى هذه الحالة يرجع سبب بطلان الامتياز إلى وقت سابق على الحوالة ، إذ المفروض أن البيع الذى هو مصدر الامتياز قد صدر قبل الحوالة ، وأبطال الامتياز بعد الحوالة ولكن لسبب يرجع إلى وقت سابق عليها ، فيلتزم المحيل بالضمان . وهذا بخلاف ما إذا كانت الحوالة قد صدرت قبل المدة المشتبه فيها ، فرجع سبب بطلان الامتياز إلى سبب لاحق لصدر الحوالة ، فإن المحيل لا يلتزم فى هذه الحالة بالضمان (بودرى وسينيا فقرة ٨٢١ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٣٢) .

(٣) استئناف مخطط ٢٧ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٦٦ .

(٤) بودرى وسينيا فقرة ٨٢٣ و فقرة ٨٢٩ .

أما إذا كان الحق متنازعا فيه وقد حوله بهذا الوصف، فإنه لا يضمن للمحال له وجوده، إذ أنه إنما حول مجرد إدعاء يحق ولم يحول حقاً محقق الوجود، فالحوالة هنا عقد احتمالي (١).

٢٨٢ - الضمان في الحوالة بعرض حكم الاتفاق : وما قدمناه هو الضمان بحكم القانون في الحوالة بعرض. ولكن قد يتفق المحيل والمحال له على تخفيف هذا الضمان أو على تشديده.

يتفقان على تخفيف الضمان إذا اشترط المحيل مثلاً أنه لا يضمن توابع الحق المحال به. فإذا كان هذا الحق مضموناً برهن، واشترط المحيل عدم ضمان هذا الرهن، فإنه لا يكون مسئولاً إذا تبين أن الرهن باطل، أو أنه قابل للإبطال وأبطله الراهن، أو أنه غير موجود لأي سبب آخر. وتوابع الحق المحال به تنتقل معه كما قلنا دون حاجة إلى ذكر ذلك في عقد الحوالة، ويضمن المحيل، دون حاجة إلى ذكر ذلك أيضاً، وجود هذه التوابع. فإذا أراد المحيل ألا يضمن وجودها، فلا بد في ذلك من اتفاق خاص مع المحال له يقضى بعدم ضمان توابع الحق، وفي هذا الاتفاق تخفيف للضمان بحكم القانون كما هو ظاهر.

بل قد يصل الاتفاق على تخفيف الضمان بحكم القانون إلى محوه أصلاً، فيشترط المحيل ألا يضمن وجود الحق المحال به ذاته. ويقع ذلك غالباً إذا كان المحيل غير مستوثق من أن الحق الذي يحوله هو حقه، فيشترط عدم الضمان حتى إذا تبين أن الحق ليس له لم يكن مسئولاً عن الضمان، أو يكون المحيل غير متأكد من أن الحق الذي يحوله غير خال من العيوب، فيصطنع الحيلة ويشترط عدم الضمان (٢). ولا شك في أن المحيل، باشرطه عدم الضمان على هذا الوجه،

(١) وفي هذه الحالة يجوز للمدين أن يتخلص من مطالبة المحال له إذا هورد إليه الثمن الحقيقي الذي دفعه مع المصروفات وفوائد الثمن من وقت الدفع (م ٤٦٩ مدني)، وقد سبق الإشارة إلى ذلك.

(٢) وفي مثل هذه الأحوال يكون المفروض أن المحيل إنما يحتاط لأمره، فإذا تحققت مخاوفه وظهر أن الحق غير موجود أو أن به عيوباً تشوبه، لم يكن مسئولاً عن تعريض المحال له، وإنما يبق ملتزماً برد ما استولى عليه مع الفوائد والمصروفات كما سئى. ولكن قد يصل الاتفاق على -

يعرض المحال له لخطر له عادة ما يقابله ، فيغلب أن يكون الثمن الذى يتقاضاه أقل بكثير من قيمة الحق المحال به . وقد يستخلص شرط عدم الضمان من الظروف ، فإذا باع المحيل حقاً متنازعا فيه ، سواء رفعت به الدعوى أو قام فى شأنه نزاع جدى ، وكان المحال له يعلم شأن هذا النزاع ، فالمفروض — مالم يتفق على غير ذلك — أن البائع لا يضمن وجود الحق . ويؤكد هذا الافتراض أن يبيع المحيل الحق المتنازع فيه بثمن بخس ، يدخل فى تقديره احتمال خسارة الدعوى (١) .

ويقع كثيراً أن الاتفاق على الضمان بين المحيل والمحال له يكون الغرض منه التشديد من أحكام الضمان المقررة بحكم القانون ، بدلا من التخفيف فيها . وأكثر ما يكون ذلك فى اشتراط المحال له على المحيل أن يضمن له ، لا وجود الحق المحال به فحسب ، بل أيضاً يسار المدين . وقد رأينا أن المادة ٣٠٩ مدنى تنص على أنه « لا يضمن المحيل يسار المدين إلا إذا وجد اتفاق خاص على هذا

= محور الضمان إلى حد أن تصبح الحوالة عقداً احتمالياً ، فيشترط اغيل ألا يكون ضامناً لوجود الحق وأنه غير ملتزم برد شيء إلى المحال له إذا ظهر أن الحق غير موجود ، وفى هذه الحالة يكون الحق المحال به هو مجرد إدعاء قد ثبت وقد لا يثبت ، فإذا لم يثبت لم يرجع المحال له على المحيل بشيء ولا يلتزم المحيل حتى يرد ما استولى عليه . ولكن مثل هذا الشرط لا يفترض ، بل يجب أن يكون واضحاً لا شك فيه . وأكثر ما يقع ذلك فى حوالة الحقوق المتنازع فيها (بودرى وسينيا فقرة ٨٢٥ ص ٨٦٤ — ص ٨٦٦ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٣٣ — ص ٥٢٨ ص ٥٢٩ — وانظر أيضاً : استئناف غنطل ٢٠ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٨٩ — ١١ ديسمبر سنة ١٩٤٠ م ٥٣ ص ٢٦) .

(١) ومثل هذه الحوالة تسرى عليها أحكام بيع الحقوق المتنازع فيها (م ٤٦٩ — ٤٧٢ مدنى) وقد سبقت الإشارة إلى ذلك . وقد كان المشروع التهديد يتضمن نصاً فى هذا المعنى ، فكانت المادة ٤٤٣ من المشروع تجرى على الوجه الآتى : « إذا كان الحق المحال به متنازعا فيه ، فتسرى على الحوالة أحكام المواد الخاصة باسترداد الحقوق المتنازع عليها » . وقد حذف هذا النص فى لجنة المراجعة ، إذ أن حكمه يستفاد بداهة من وجود نصوص خاصة ببيع الحقوق المتنازع فيها (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٣٤ فى الهامش) .

وما يقع فى العمل من الحوالات التى يشترط فيها عدم الضمان أن السنديك أو المصنى ، بعد أن يستوفى الحقوق الثابتة والحقوق التى يسجل استيفائها ، يبيع الحقوق الأخرى حيلة واحدة مع اشتراط عدم الضمان (بودرى وسينيا فقرة ٨٢٧) .

الضمان . ٢ — وإذا ضمن المحيل يسار المدين ، فلا ينصرف هذا الضمان إلا إلى اليسار وقت الحوالة ، ما لم يتفق على غير ذلك (١).

فاذا اشترط المحال له على المحيل ضمان يسار المدين (٢) ، ولم يبين أى يسار يعنى ، فان اليسار المضمون ينصرف إلى يسار المدين وقت انعقاد الحوالة ، وذلك تفسيراً للشرط بما هو فى مصلحة الملتزم وهو هنا المحيل . فاذا كان المدين موسراً وقت انعقاد الحوالة ، فان ذمة المحيل تبرأ من الضمان ، حتى لو أعسر المدين بعد ذلك ولو قبل صيرورة الحوالة نافذة فى حقه . وغنى عن البيان أن ضمان المحيل ليسار المدين وقت الحوالة لا يكون إلا باتفاق خاص ، ومن غير هذا الاتفاق لا يضمن المحيل إلا وجود الحق ، فلا يضمن يسار المدين أصلاً ولو وقت انعقاد الحوالة ، وحتى لو كان عالماً بأعساره . فما دام لم يضمن اليسار باتفاق خاص ، فان علمه بهذا الأعسار لا يقوم مقام الاتفاق (٣) . وعلى المحال له قبل أن يقدم على قبول الحوالة أن يتحرى عن حالة المدين ومقدار ملاءته ، فاذا لم يستطع أن يتثبت من ذلك فى القليل كان الواجب عليه أن يشترط على المحيل ضمان اليسار . فاذا هو لم يفعل ، لا هذا ولا ذاك ، كان التقصير فى جانبه ولا يلومن إلا نفسه (٤) . على أنه إذا أخنى المحيل غشاً

(١) انظر المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣

ص ١٢٧ .

(٢) ولا يمكن اشتراط الضمان إطلاقاً ، فإن هذا ينصرف إلى الضمان بحكم القانون ، بل يجب تعيين الواقعة المضمونة ، فيشترط ضمان اليسار (بودرى وسينيا فقرة ٨٣٠ — فقرة ٨٣١) . انظر فى بعض عبارات مألوفة فى اشتراط الضمان وفى تفسير هذه العبارات : أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ مكررة ص ١٦٥ — ص ١٦٦ — بودرى وسينيا فقرة ٨٣٢ — فقرة ٨٣٣ — أنسيلويدي دالوز ١ لفظ *cession de créances* فقرة ٥١٤ وما بعدها .

(٣) وقد جاء فى الموجز المؤلف : « ويلاحظ أن هذا التشديد يجب أن يكون باتفاق صريح ، فلا يمكن افتراضه ، كما إذا أعطى المدين على نفسه شيئاً مدينياً تحت إذن الدائن متجماً فى ذلك الشكل التجارى . فاذا حول الدائن هذا السند المدين إلى آخر ، فإنه لا يكون ضماناً ليسار المحال عليه إلا بشرط صريح ، ولا يمكن أن نفهم هذا السند المدين ، ولو كان قد اتخذ الشكل التجارى ، على السند التجارى المضى يضمن فيه المحيل يسار المحال عليه وقت الوفاء . على أن هذا الحكم ليس محل اتفاق » (الموجز المؤلف فقرة ٥٢٠ ص ٥٣٨ عاينى رقم ١) .

(٤) بودرى وسينيا فقرة ٨٢٩ .

من المحال له إعسار المدين ، كان مسئولاً ، لا بموجب عقد الحوالة ، بل بسبب الغش ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك (١) .

فإذا أراد المحال له أن يضمن المحيل يسار المدين في الاستقبال ، أى عند حلول ميعاد الوفاء بالحق المحال به ، وجب عليه أن يبين ذلك في الشرط الذى يأخذه على المحيل ، فلا يكتفى باشتراط ضمان اليسار دون تعيين . واشتراط يسار المدين عند حلول الحق المحال به هو الذى يقع في الكثير من الأحوال ، لأنه هو الذى يكفل للمحال له أكبر قدر من الضمان (٢) . وعند ذلك يكون المحيل مسئولاً إذا طالب المحال له المدين بالحق عند حلوله ، فوجده معسراً (٣) . وليس من الضروري أن تكون المطالبة في اليوم نفسه الذى يحل فيه الحق ، بل يجوز أن تكون المطالبة في خلال مدة معقولة من يوم الحلول ، فإذا كان المدين قد أعسر خلال هذه المدة المعقولة ، فإن المحيل يكون مسئولاً عن إعساره بموجب شرط الضمان . لكن إذا تأخر المحال له مدة طويلة بعد حلول ميعاد الوفاء في مطالبة المدين ، وكان المدين موسراً خلال المدة المعقولة ثم أعسر بعد ذلك ، لم يكن المحيل مسئولاً ، لأن المحال له قد قصر بتأخره في مطالبة المدين في وقت كان فيه موسراً (٤) . ومن باب أولى لا يكون المحيل مسئولاً عن إعسار المدين

(١) شين الكوم ١١ مارس سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٣٢٩ ص ٦٤٦ — انظر آنفاً
فقرة ٢٨١ .

(٢) بودرى وسينيا فقرة ٨٣٢ — فقرة ٨٣٣ — بلانويول وريبير وردوان ٧ فقرة
١١٣٣ ص ٥٣٠ هامش رقم ١ .

(٣) وقد قضت محكمة استئناف أسبوت بأن مركز المحيل في حال الضمان الاتفاقى ليس إلا مركز ضمان تتحدد مدى التزاماته بعبارة الضمان الواردة في الحوالة ، فقد يكون ضماناً ليسار المدين وقت الحوالة ، وقد يكون ضماناً ليساره في المستقبل ، وقد يكون ضماناً بسيطاً ، وقد يكون متضامناً . حل أنه في هذه الصور كلها لا يمدو صفة الضمان ، وإن كان في بعض النتائج القانونية أقل مسئولية منه (استئناف أسبوت ١٥ نوفمبر سنة ١٩٤٤ المجلوعة الرسمية ٤٦ رقم ٧ و ٨ و ٩ و ١٠ ص ١٣٦) .

(٤) وقد قضت محكمة طنطا بأن ضمان المحيل يسار المدين في الاستقبال يتصرف إلى موعد استحقاق الدين ، فإنه فيه يلتزم بالوفاء ويضمته مجموع ماله ، وحل المحال له أن يسمى لاستيفاء قيمة الدين . فإذا أصر المدين بعد ذلك ، فلا يضمن المحيل ذلك الإعسار ، إلا إذا كانت الفقرة التي وقعت بين موعد السداد والإعسار قليلة — لا تنسح لاستيفاء المحال به . فلا يملك المحال له —

لو أن هذا الإعصار كان بفعل المحال له نفسه ، كما لو كان للحق المحال به ضمان فنزل عنه المحال باختياره بأن شطب الرهن مثلاً أو أبرأ ذمة الكفيل (١) .

وحق يستطيع المحال له الرجوع على المحيل بضمان اليسار ، يجب عليه أولاً أن يثبت أن المدين معسر . ولا يتسنى له ذلك إلا إذا كان قد رجع فعلاً على المدين وعلى جميع الضمانات التي تكفل الدين (٢) ، فلم يتبأ له أن يستوفى حقه . ومن ثم يكون للمحيل أن يطالب المحال له بتجريد المدين قبل أن يرجع عليه بضمان

= تأجيل السداد صراحة بإعطاء المدين مهلة أخرى ، أو ضمناً باعمال اتخاذ الإجراءات التحفظية أو التنفيذية على مال المدين . فان فعل ، وأعسر المدين في هذه الأثناء ، فلا رجوع على المحيل . وإذا كان تأجيل الدائن سداد الدين لا يرى الكفيل من الكفالة شيئاً يبرى المحيل من الضمان ، فلأن الكفيل الحق قانوناً في مطالبة المدين بالوفاء عند حلول أجل الاستحقاق فتتوافر لديه بذلك الوسيلة لاتقاء إعصار المدين ، فإذا لم يفعل فيجب أن يتحمل النتيجة . أما المحيل فلا يملك ذلك بدهاء ، فانه لم يعد دائماً بعد الحوالة (ملطعا ٢٢ أكتوبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٣ رقم ٢٨٧ ص ٥٥٤) . ومن هذا الحكم يقين الفرق بين مركز المحيل الضامن ليسار المدين وقت حلول الحق المحال به ومركز الكفيل . فان ذمة الكفيل لا تبرا بمجرد أن الدائن تأخر في اتخاذ الإجراءات أو مجرد أنه لم يتخذها ، وانما تبرا ذمته — طبقاً لأحكام التقنين المدني الجديد (م ٧٨٥/٢) — إذا لم يقيم الدائن باتخاذ الإجراءات ضد المدين خلال ستة أشهر من إندثار الكفيل للدائن ، ما لم يقدم المدين للكفيل ضماناً كافياً . هذا إلى أن مصدر التزام الكفيل هو عقد الكفالة ، وهذا العقد يفترض عادة قيام علاقة وكالة أو فصاله بين الكفيل والمدين ، فإن دفع الكفيل الدين عن المدين رجع عليه بدعوى الوكالة أو بدعوى الفصاله . أما مصدر التزام المحيل بالضمان فصدره عقد الحوالة نفسه الذي ورد فيه شرط الضمان ، ولا يفترض هذا الشرط عادة قيام علاقة وكالة أو فصاله بين المحيل والمدين ، فان دفع المحيل الدين للمحال له وفاء لالتزامه بالضمان ، فالغالب ألا يجد أمامه الرجوع على المدين بما دفعه إلا دعوى الإثراء بلا سبب .

(١) بودرى وسينيا فقرة ٨٣٧ — فقرة ٨٣٨ .

(٢) وهذا فرق آخر بين مركز المحيل الضامن ليسار المدين ومركز الكفيل . فالكفيل ليس له في الأصل إلا أن يطلب تجريد المدين نفسه ، فإذا كان الدين كفالة عينية ، كان للدائن أن يرجع على الكفيل الشخصي دون الكفيل العيني ، وعند ذلك يحل الكفيل الشخصي محل الدائن في الرجوع على الكفيل العيني . أما المحيل الضامن ليسار المدين فله أن يطلب من المحال له الرجوع على الكفيل العيني للحق المحال به قبل الرجوع عليه هو . وسنرى حالا أن الكفيل ، دون المحيل الضامن ليسار ، يلتزم بتقديم مصروفات التجريد . ومن ذلك يتبين أن التزام المحيل الضامن ليسار هو بوجه عام أيسر من التزام الكفيل .

اليسار (١). وليس على المحيل أن يقدم للمحال له مصروفات التجريد ، فهو ليس بكفيل للمدين حتى يلتزم بذلك . على أن للمحال له ، في أثناء تجريده للمدين ، أن يتخذ ما يلزم من إجراءات تحفظية ضد المحيل ، حتى يتيسر له الرجوع عليه عند ما يثبت بوجه قاطع إعسار المدين (٢) .

وإذا ضمن المحيل يسار الدين وقت حلول الحق المحال به ، فإنه لا يستطيع أن يأتي عملاً من شأنه أن يناقض هذا الضمان ، وإلا كان ساعياً في نقض ما تم من جهته ، وكان سعيه مردوداً عليه . ويتضح ذلك في الحالة الآتية : إذا كان حق الدائن مقداره ألف ، وقد حول منه خمسمائة واستبقى لنفسه خمسمائة ، ولم يكن قد ضمن يسار المدين ، فإن كلا من المحيل والمحال له يطالب المدين بخمسمائة مقدار حصته في الحق . فإذا لم يكن عند المدين إلا خمسمائة ، فليست هناك أفضلية للمحال له على المحيل (٣) ، ولا يبقى إلا أن يقسم الاثنان ما عند المدين اقتسام الغرماء ، فيأخذ كل منهما مائتين وخمسين . أما إذا كان المحيل قد ضمن للمحال له يسار المدين وقت حلول الحق المحال به ، فعند ذلك لا يستطيع أن يزاحم المحال له في الخمسمائة التي عند المدين ، بل يتقدم عليه المحال له ويأخذ كل الخمسمائة .

(١) وقد قضى بأن حق المحال له في الرجوع على المحيل بالضمان مقيد بحصول تجريد أموال المدين تجريداً فعلياً بالبيع عقب استحقاق الوفاء ، إذ قبل ذلك لا يتحقق الإعسار . وهذا البيع يجب أن يشمل المدين ومك الغير المرتن . وفاء السداد إذا كان هناك شيء من ذلك . وبمعنى آخر يجب أن يستنفد المحال له جميع وسائل السداد قبل الرجوع على المحيل (استئناف مصر ٨ يونيو سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٢٨٠ ص ٥٤٣ — طنطا ٢٢ أكتوبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٣ رقم ٢٨٧ ص ٥٥٤) .

(٢) أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ مكررة ص ١٦٦ — بودرى وسينيا فقرة ٨٣٩ — فقرة ٨٤٠ — بلانويل وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٣٣ ص ٥٢٩ — ص ٥٣٠ . ومع ذلك فقد قضت محكمة الأسكندرية بأن شرط الرجوع على المحيل بالضمان قد جاء من إنه كفيل وضامن المدين في تحصيل الدين وقبضه ، ويجوز في هذه الحالة أن يطلب المحيل ، إذا لم يكن ضامناً متضامناً ، رجوع المحال له أولاً على المدين يطلب حتى التجريد إذا توافرت شروطه ، وأيسرها ألا يكون المحيل ضامناً متضامناً ، وبشرط أن يرشد المحيل إلى أموال المدين ، وأن يقدم للمحال له مصروفات التجريد والمستندات الخاصة بذلك ، وأن يطلب ذلك صراحة قبل التكلم في موضوع الدعوى (الأسكندرية ٢٣ مارس سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢٠ رقم ٥٠٣ ص ١١٩٠) .

(٣) كذلك لا توجد أفضلية للمحيل على المحال له كما توجد هذه الأفضلية للدائن الأصل الذي حل محله شخص آخر في جزء من الدين : انظر الفقرة الأولى من المادة ٣٣٠ .

ذلك أن مزاحمة المحيل للمحال له تناقض ضمانه ليسار المدين ، وما دام المحال له لم يستوف كل حقه بقي ضمان المحيل قائماً ، فلا يستطيع المحيل إذن أن يأخذ أى شيء من مال المدين قبل أن يستوفى المحال له كل حقه كما قلنا (١) .

٢٨٣ - الضمان في الحوالة بغير عوض بحكم القانون : رأينا أن

الفقرة الثانية من المادة ٣٠٨ مدني تقضى بأنه إذا كانت الحوالة بغير عوض « فلا يكون المحيل ضامناً حتى لوجود الحق » . وقد كان المشروع التمهيدى لهذا النص بضيف عبارة « ما لم يتفق على غير ذلك » (٢) . فحذفت هذه العبارة في لجنة المراجعة حتى يتماشى حكم النص مع حكم المادة ٣١٠ مدني ، وهي تقضى كما رأينا بأنه إذا رجع المحال له بالضمان لم يلزم المحيل إلا برد ما استولى عليه مع الفوائد والمصروفات ولو وجد اتفاق يقضى بغير ذلك . والمحيل بغير عوض لم يستول على شيء حتى يرده ، فلا يجوز إذن أن يلزم ولو باتفاق خاص أن يرد شيئاً إلى المحال له (٣) .

وقد يفهم مما قدمناه أن المحيل بغير عوض لا يضمن شيئاً للمحال له ، لا بحكم القانون ولا بموجب الاتفاق . إلا أننا مع ذلك لا نسلم بهذا الحكم على إطلاقه ، إذ يجب تنسيق أحكام التقنين وتكميل نصوصه بعضها ببعض . فهناك المادة ٤٩٤ مدني ، وهي تضع القاعدة العامة في ضمان الواهب لاستحقاق الشيء الموهوب ، وتجري على الوجه الآتي : « ١ - لا يضمن الواهب استحقاق الشيء الموهوب ، إلا إذا تعمد إخفاء سبب الاستحقاق أو كانت الهبة بعوض . وفي الحالة الأولى يقدر القاضي للموهوب له تعويضاً عادلاً عما أصابه من الضرر ، وفي الحالة الثانية لا يضمن الواهب الاستحقاق إلا بقدر ما أداه الموهوب له من عوض . كل هذا ما لم يتفق على غيره . ٢ - وإذا استحق الشيء الموهوب ، حل الموهوب له محل الواهب فيما له من حقوق ودعاوى » .

فحتى يمكن التوفيق بين نصوص التقنين المدني ، نرى أن نطاق تطبيق

(١) أوبري ورو ه فقرة ٣٥٩ مكررة ص ١٦٧ — بودرى وسيتيا فقرة ٨٤٣ — بلانيول

وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٢٧ .

(٢) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ص ١٢٨ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٢٧١ في الهامش — مجموعة الأعمال التحضيرية ص ١٢٣ .

المادة ٣١٠ هي الحوالة بعوض ويدخل في ذلك الهبة بعوض ، لأن النص صريح في أن المحيل قد استولى على شيء من المحال له في مقابل الحوالة ، وهذا الشيء هو الذي يردده مع المصروفات والفوائد في حالة تحقق الضمان . أما المادة ٤٩٤ مدني فتتعلق بتطبيقها الحوالة بغير عوض ، أي الحوالة الصادرة على سبيل الهبة المحضمة من غير أي عوض مقابل .

فإذا كانت الحوالة هبة بعوض ، ضمن المحيل بحكم القانون وجود الحق المحال به وفقاً للفقرة الأولى من المادة ٣٠٨ . فإذا كان هذا الحق غير موجود وقت الحوالة ، على الوجه الذي قدمناه ، وجب الضمان على المحيل ، ورجع المحال له بهذا الضمان وفقاً للمادة ٣١٠ مدني ، فلا يلزم المحيل إلا بردهما استولى عليه من عوض مع الفوائد والمصروفات على الوجه الذي سنبينه فيما يلي .

وأما إذا كانت الحوالة هبة محضمة لا عوض فيها ، فإن الذي ينطبق هو نص المادة ٤٩٤ مدني . فإذا استحق الحق المحال به ، كأن كان المحيل وارثاً ظاهراً لهذا الحق مثلاً ، أو تبين أن الحق غير موجود أصلاً ، لم يجب الضمان على المحيل (الوهاب) إلا إذا تعمد إخفاء سبب الاستحقاق أو إلا إذا كان عالماً بانعدام الحق المحال به وأخفى ذلك غشاً عن المحال له . فعند ذلك يقدر القاضي — كما تقرر الفقرة الأولى من المادة ٤٩٤ مدني — للمحال له (الموهوب له) تعويضاً عادلاً عما أصابه من الضرر . فيجب إذن أن يكون هناك ضرر أصاب الموهوب له من جراء استحقاق الحق المحال به أو من جراء انعدامه . ويبدو أنه لا يكفي أن يكون هذا الضرر هو مجرد فوات الحق الموهوب له ، وإلا لوجب الضمان دائماً في التبرعات وجوبه في المعاوضات . وإنما يجب أن يكون الضرر خسارة إيجابية لحقت الموهوب له ، بأن يكون مثلاً قد اعتمد على الحق الموهوب في سداد دين أو في القيام بمشروع ، فلما فات عليه هذا الحق تحمل خسارة من جراء ذلك . وفي هذه الحالة يقدر القاضي تعويضاً عادلاً للموهوب له من الضرر ، ملاحظاً في ذلك أن المحيل منبرع ، فلا يكون التعويض مدى مماثل للتعويض الذي يدفعه المحيل لو كانت الحوالة بعوض . ومصدر التعويض هنا ليس هو عقد الحوالة ، وإنما هو الخطأ الذي ارتكبه المحيل بإخفائه عمداً سبب الاستحقاق أو انعدام الحق حتى ألحق الضرر بالمحال له .

ثم إن الفقرة الثانية من المادة ٤٩٤ مدنى تقضى بأنه « إذا استحق الشيء الموهوب ، حل الموهوب له محل الواهب فيما له من حقوق ودعاوى » . ونفرض ، لتطبيق هذا النص ، أن البائع قبل أن يسلم المبيع وهب الثمن المستحق في ذمة المشتري إلى آخر عن طريق الحوالة ، ثم هلك المبيع قبل تسليمه للمشتري بفعل أجنبي . فاثمن في هذه الحالة يسقط عن المشتري ، ولا يستطيع اغتال له الرجوع عليه بشيء . ولكن لما كان الأجنبي متعدياً في هلاك الشيء ، فإن للبائع أن يرجع عليه بدعوى تعويض ، فهذه الدعوى قد حلت محل الثمن المحال به ، ومن ثم يحل المحال له محل المحيل (البائع) في هذه الدعوى قبل الأجنبي .

٢٨٤ - الضمان في الحوالة بغير عوض بحكم الاتفاق : ولما كانت

الفقرة الأولى من المادة ٤٩٤ مدنى عندما رتب الضمان على الواهب إذا هو أخفى سبب استحقاق الشيء الموهوب ذكرت بعد ذلك أن هذا الحكم يسرى « ما لم يتفق على غيره » ، فانه يجوز إذن أن يتفق المحيل مع المحال له ، إذا كانت الحوالة بغير عوض أصلاً ، أنه في حالة استحقاق الحق المحال به أو في حالة انعدامه ، يرجع المحال له على المحيل بتعويض عادل ، حتى لو كان المحيل يجهل أن الحق المحال به مستحق للغير أو منعدم . وفي هذا تشديد للضمان الذى قرره القانون والذى بسطنا أحكامه فيما تقدم ، فان المحيل لا يكون ملتزماً طبقاً لهذه الأحكام إلا إذا كان يعلم بانعدام الحق أو باستحقاقه للغير ثم يتعمد إخفاء ذلك على المحال له . على أنه لا يجوز أن يكون هذا الاتفاق على الضمان مصدر ربح غير مشروع للمحال له ، فلا يجوز مثلاً أن يتفق المحال له مع المحيل على ضمان الاستحقاق في الحوالة بغير عوض حتى لو لم يصب المحال له أى ضرر .

ثم إنه لا يجوز الاتفاق على تخفيف الضمان الواجب بحكم القانون في ذمة المحيل المتبرع للمحال له ، فلا يصح أن يتفق الاثنان على ألا يكون المحيل مسئولاً عن الضرر الذى يصيب المحال له ، حتى لو تعمد إخفاء سبب الاستحقاق أو أخفى غشاً انعدام الحق . فذلك أنه لا يجوز لشخص أن يشترط عدم المسؤولية عن خطئه التصبرى .

المطلب الثاني

ما يرجع به الحال له على المحيل عند تحقق الضمان

٢٨٥ - المبرأ العام : رأينا أن المادة ٣١٠ مدني تنص على أنه « إذا رجع الحال له بالضمان على المحيل طبقاً للمادتين السابقتين ، فلا يلزم المحيل إلا برد ما استولى عليه مع الفوائد والمصروفات ، ولو وجد اتفاق يقضى بغير ذلك » .

فالبدء العام إذن هو أنه عند تحقق الضمان ، يكون أقصى ما يرجع به الحال له على المحيل هو أن يسترد منه ما دفعه له عوضاً عن الحق الحال به ، مع الفوائد من يوم الدفع بالسعر القانوني ، ومع المصروفات التي يكون قد أنفقها في إبرام الحوالة أولاً ثم في مطالبة المدين ثانياً ثم في الرجوع بالضمان على المحيل أخيراً . وهذا سواء كان الضمان بحكم القانون ولم يجد الحال له الحق موجوداً ، أو كان بحكم الاتفاق ولم يجد الحال له المدين موسراً .

ويجوز أن يرجع الحال له بأقل من ذلك ، إذا وجد شرط يخفف من الضمان . بل يجوز ألا يرجع بشيء أصلاً ، إذا اشترط المحيل عدم الضمان وكان الحق الحال به هو مجرد ادعاء قد ثبت وقد لا يثبت ورضي الحال له بذلك ، كما أسلفنا القول .

ولكن لا يجوز أن يرجع الحال له بأكثر من استرداد ما دفعه مع الفوائد والمصروفات ، إلا في حالة واحدة هي حالة ضمان المحيل لأفعاله الشخصية . فان التعويض في هذه الحالة الأخيرة يكون مصدره خطأ تقصيرياً في جانب المحيل ، فوجب أن يكون كاملاً يشمل قيمة الحق الحال به كلها ولو زادت على ما دفعه الحال له للمحيل ، ويشمل أيضاً التعويض عن أي ضرر آخر . ويبقى هذا الحكم صحيحاً حتى لو قلنا إن التعويض مصدره عقد الحوالة لا الخطأ التقصيري ، فان التعويض في المسئولية العقدية يتناول كل الضرر المباشر المتوقع ، فيشمل قيمة الحق الحال به كما يشمل التعويض عن أي ضرر آخر يكون مباشراً متوقفاً . وإذا كانت المادة ٣١٠ مدني قد قصرت الرجوع بالضمان على إلزام المحيل برد ما استولى عليه مع الفوائد والمصروفات ولم تجز الاتفاق على غير ذلك ، فان هذا

الحكم خاص بالضمان الذى لا يرجع إلى أفعال المكيل الشخصية ، وهو الضمان المنصوص عليه في المادتين ٣٠٨ و ٣٠٩ مدنى . ونص المادة ٣١٠ مدنى صريح في هذا المعنى ، ولا يتناول مسئولية المكيل عن أفعاله الشخصية المنصوص عليها بعد ذلك في المادة ٣١١ مدنى (١) .

وفي غير حالة مسئولية المكيل عن أفعاله الشخصية ، لا يجوز للمحال له ، في إلزامه المكيل بالضمان ، أن يرجع عليه بأكثر مما دفعه له مع الفوائد والمصروفات . فلا يجوز له أن يرجع عليه بقيمة الحق المحال به كله إذا كانت هذه القيمة أكثر مما دفعه ، حتى لو اتفق معه على ذلك . فالبدء الذى يضع الحد الأقصى لمقدار ما يرجع به المحال له هو إذن من النظام العام ، لا يجوز الاتفاق على مخالفته .

وقد أخذ التفتين المدنى المصرى الجديد هذا الحكم عن المشروع الفرنسى الإبطالى (م ٢٦٨ من هذا المشروع) (٢) ، وقصد به إلى قطع السبيل على المرابين

(١) انظر آنفاً فقرة ٢٨٠ في الملش .

(٢) أما التفتين المدنى الفرنسى فقد أغفل النص على وضع حد أقصى لضمان المكيل بحكم القانون ، ولكنه وضع هذا الحد لضمان المكيل بحكم الاتفاق . فنصت المادة ١٦٩٤ من هذا التفتين على أن المكيل لا يكون مسئولاً عن يسار المدين إلا إذا التزم بذلك ، وفي حدود الثمن الذى تقاضاه من الحق . فانقسم الفقه الفرنسى في المقدار الذى يرجع به المكيل له على المكيل عند تحقق الضمان بحكم القانون . فقريق ينصب إلى أن المحال له لا يرجع على المكيل إلا بالثمن الذى دفعه ، قياساً على الرجوع في حالة ضمان اليسار بموجب المادة ١٦٩٤ السابقة الذكر (ديرانتون ١٦ فقرة ٥١٢ — تردولونج في البيع ٢ فقرة ٩٤٢ — ديفرجيه في البيع ٢ فقرة ٢٦٢ — أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٩ مكررة ص ١٦٤ — جيلوار في البيع والمقايضة ٢ فقرة ٨٣٦) . وقريق آخر يجعل الرجوع في الضمان بحكم القانون بقيمة الحق كله لا بالثمن وحده ، قياساً على ضمان الاستحقاق في عقد البيع . ويوجهون هذا الرأي بأن الضمان بحكم القانون هو ضمان لوجود الحق ، فإذا اشترى المحال له حقاً غير موجود كان له أن يرجع بقيمته على المكيل ، لأنه لم يضارب على وجود الحق بل ضارب على يسار المدين . فإذا كان الحق موجوداً ، ولكن المدين كان مسرراً ، لم يكن له أن يرجع على المكيل إلا بالثمن الذى دفعه حتى لو اتفق معه على الرجوع بقيمة الحق كلها ، لأنه لما ضارب على يسار المدين فقد تحمل تبعه إصااره ، فإن كان المدين مسرراً فقد خلص له كل الحق ، وإن كان مسرراً فليس له إلا الرجوع بالثمن على المكيل (كوليه دى سانتير ٧ فقرة ١٣٩ مكررة — لوران ٢٤ فقرة ٥٤٩ — هيك ٢ فقرة ٤٩٢ — بودوى وسينا فقرة ٨٢٢ — أنسكلويدى دالوز ١ لفظ (cession de créance) —

الذين يستغلون حاجة الناس فيشترون حقوقهم بأجنس الأثمان ، ثم يكفلون لأنفسهم حق الرجوع بها كاملة عليهم إذا لم يستوفوها كاملة من المحال عليهم . فاذا اشترى المرابى حقاً قيمته مائة بثمانين ، ثم اشترط ضمان المحيل ليسار المدين بقيمة الحق كله ، وأجيز هذا الشرط ، لكان المرابى واثقاً من الحصول على مائة في الثمانين التي دفعها ، إما من المدين إذا كان موسراً ، وإما من طريق الرجوع بالضمان على المحيل . وهذا هو عين الريا المحظور . فقصر حقه في الرجوع بالضمان على الثمانين التي دفعها مع القوائد والمصروفات ، حتى إذا أخذ أكثر مما أعطى في حالة استيفاء الحق من المدين ، لم يأخذ إلا بمقدار ما أعطى في حالة الرجوع بالضمان على المحيل ، فيمتنع عليه أن يأخذ في الحالتين أكثر مما أعطى . وقد قيل في لجنة المراجعة في صدد هذا الحكم إن المقصود به أن يتحمل المحال له الغم والغرم ، لأن الحوالة تتطوى على معنى المضاربة (١) .

وزى من ذلك أن هناك حكيم من أحكام الضمان يعتبران من النظام العام . أولهما هو هذا الحكم ، والثاني هو الحكم القاضى بمسئولية المحيل عن أفعاله

(فقرة ٢٧٦) . ويذهب بلانيول وريبير وردوان إلى أن المحال له لا يرجع على المحيل ، حالة الضمان القانوني ، بقيمة الحق كله إلا على سبيل التمييز ، فيجب عليه إذن أن يثبت أن الضرر الذي لحقه يعادل قيمة الحق ، ولا يتأتى له ذلك إلا إذا أثبت أن المدين موسر ولو أن الحق كان موجوداً لاستطاع أن يتقاضاه كله من المدين (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٣٢ ص ٥٢٨) . وينتصر الأستاذ شفيق شحاتة لهذا الرأي (حوالة الحق في قوانين البلاد العربية فقرة ٣٢) .

أما ضمان المحيل ليسار المدين ، فإن نص المادة ١٦٩٤ من التقنين الفرنسي ، كما رأينا ، صرح في أنه يقتصر على استرداد المحال له لثمن الذي دفعه . واختلف الفقهاء في فرنسا هل يصير هذا الحكم من النظام العام . ففريق يذهب إلى أنه من النظام العام فلا يعتد بالاتفاق المخالف ولا يرجع المحال له على المحيل إلا بالثمن ولو اتفق معه على أن يرجع عليه بكل قيمة الحق (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٣٣ — بلانيول وريبير وبولانيه ٢ فقرة ١٧١٧ . جوبران ٢ فقرة ٨١١) . وفريق آخر يذهب إلى أن هذا الحكم ليس من النظام العام ، وأنه يجوز للمحال له أن يتفق مع المحيل الذي ضمن يسار المدين على أن يرجع عليه ، في حالة تحقق هذا الضمان ، بقيمة الحق كله لا بالثمن وحده (بودرى وسينيا فقرة ٨٣٦ — انظر أيضاً المادة ٢٨٤ من تقنين الموريجيات والمقود البتاني وقد سبق ذكرها آنفاً فقرة ٢٧١ في الهامش) . (١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٢٦ — وانظر آنفاً فقرة ٢٧١ في الهامش .

الشخصية فلا يستطيع التخلص من هذه المسؤولية ولو باتفاق خاص (١) .

يبقى أن نعرف الحكم فيما إذا كان للمدين معسراً إعساراً جزئياً بحيث يتمكن المحال له من استيفاء بعض حقه منه ، وأن نعرف الحكم فيما إذا كان المحال له قد حول الحق إلى محال له تال بعرض يختلف عن العوض الذى دفعه هو للمحيل . ثم نعرف بعد ذلك مقدار ما يرجع به المحال له إذا كانت الحوالة بغير عوض وتحقق الضمان .

٢٨٦- مائة إعسار المدين إعساراً جزئياً : يقع فى بعض الحالات

أن يتمكن المحال له من استيفاء بعض حقه من المدين الذى لا يكون معسراً إلا إعساراً جزئياً ، فإذا كان الحق المحال به مائة مثلاً ، واستوفى منها المحال له خمسين ولم يستطع استيفاء الخمسين الباقية ، وكان قد اشترى الحق من المحيل بثمانين ، فما مقدار ما يرجع به على المحيل بدعوى الضمان ؟ .

يمكن أن نتصور حلولاً ثلاثة :

(الحل الأول) أن يرجع المحال له على المحيل بكل الخمسين التى نقصته ، فإن المحيل ملزم فى حالة تحقق الضمان أن يرد للمحال له كل خسارته بحيث لا تزيد على الثمانين التى قبضها منه ثمناً للحوالة . وعيب هذا الحل أنه يمكن المحال له من أن يستوفى قيمة الحق المحال به كاملاً عند تحقق الضمان ، وفى هذا مخالفة صريحة لنص المادة ٣١٠ مدنى التى تقضى بأن المحال له لا يسترد عند تحقق الضمان أكثر مما دفعه ، فلا يجوز أن تحصل له قيمة الحق كاملة .

(الحل الثانى) أن يرجع المحال له على المحيل بثلاثين لانبخسين ، ذلك أنه لا يجوز له كما قدمنا أن يسترد فى حالة تحقق الضمان أكثر مما دفعه ، أى أكثر

(٢) انظر المذكرة الإيضاحية المشروع التمهيدى، وهى تقول فى هذا الصدد : « حل أن أعمال مبدأ سلطان الإدارة يرد عليه فى هذا النطاق قيذان . فيرامى من ناحية أن مدى التزام المحيل بالضمان لا يتجاوز حل وجه الاطلاق رد ما أدى إليه ضلوع القوائد والمصروفات . وقد قصد من نص المشروع حل عدم جواز الاتفاق على خلاف هذا الحكم إلى قطع السبيل على المدين . ويرامى من ناحية أخرى أن اشتراط الإيفاء من المسؤولية من ضمان الاستحقاق يقع باطلا إذا كان هذا الاستحقاق يرجع إلى فعل المحيل نفسه . . وليس هذا الحكم سوى تطبيق لقواعد المقررة بشأن ضمان الاستحقاق بوجه عام » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٢٧ — ص ١٢٨) .

من ثمانين . وقد استوفى من هذه الثمانين خمسين من المدين ، فيبقى له ثمانون هي التي يرجع بها على المحيل بدعوى الضمان .

(الحل الثالث) أن يرجع المحال له على المحيل بأربعين لا بخمسين ولا بثلاثين . ذلك أن المحال له ، في حالة إعسار المدين إعساراً كلياً ، يسترد من المحيل ما دفعه له من الثمن ، وهو ثمانون . ففي حالة إعسار المدين إعساراً جزئياً ، يكون من العدل أن يسترد من المحيل نسبة مما يتبقى له تعادل النسبة ما بين الثمن الذي دفعه وقيمة الحق . وقد دفع ثمانين في حق قيمته مائة ، فيكون قد اشترى الحق بأربعة أخماس قيمته . وتبقى له خمسون لم يدفعها المدين لإعساره ، فيرجع بأربعة أخماسها على المحال له ، أي يرجع عليه بأربعين .

وقد تردد الفقه الفرنسي بين الحل الثاني والحل الثالث (١) . ونحن نؤثر الحل الثالث ، لأنه يميز بين إعسار المدين إعساراً كلياً وإعساره إعساراً جزئياً ، فيكون الضرر الذي يصيب المحال له من الإعسار الجزئي أقل من الضرر الذي يصيبه من الإعسار الكلي . وهو بعد لم يسترد من المحيل إلا جزءاً مما دفعه ثمناً لهوالة يتناسب مع الجزء الباقي له من حقه ، فيبقى بذلك في الحسود التي رسمتها المادة ٣١٠ مدني .

٢٨٧ - حالة وقوع هواله تالية بموضي يقل أو يزيد : وقد يقع أن المحال له يحول حقه إلى محال له قال بثمان أقل أو أكثر من الثمن الذي دفعه هو للمحيل ، فهل يكون رجوع المحال له الثاني بدعوى الضمان مقيداً بما دفعه هو للمحال له الأول أو بما دفعه المحال له الأول للمحيل ؟

نفرض أن المحيل قد قبض في الحق وقيمته مائة ثمناً مقداره ثمانون ، ثم حول المحال له هذا الحق نفسه إلى محال له قال وقبض ثمناً له مقداره سبعون . ولما طالب المحال له الثاني المدين وجده معسراً . في هذه الحالة يجوز للمحال له

(١) من يقولون بلحل الثاني بؤدرى وسينيا فقرة ٨٣٤ ، وبلائيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٣٣ . وكنا نقول به أيضاً في الموجز فقرة ٥٢٠ ص ٥٣٨ هامش رقم ١ . ومن يقولون بلحل الثالث هيك فقرة ٧٤٢ .

الثاني أن يرجع بالضمان إما على المحال له الأول وإما على المحيل . فان رجع على المحال له الأول ، استرد السبعين التي دفعها له . وكذلك لا يجوز أن يسترد إلا السبعين التي دفعها ، حتى لو رجع على المحيل ، إذ لا يجوز له أن يسترد بدعوى الضمان أكثر مما دفعه .

أما إذا كان المحال له الثاني دفع ثمناً للحوالة تسعين لاسبعين ، فانه يرجع بالتسعين على المحال له الأول ، إذ هو قد دفعها له فيستردها منه . ولكن إذا راد الرجوع على المحيل ، فانه لا يسترده إلا الثمانين التي استولى هذا عليها ، ذلك أن المحيل لا يلزم إلا برده ما استولى عليه (١) .

٢٨٨- حالة الحوالة بغير عوض : وفي كل ما قدمناه افترضنا أن الحوالة بعوض ، ولذلك جعلنا رجوع المحال له على المحيل مقيداً بمقدار هذا العوض ، ويستوى في ذلك أن تكون الحوالة يماً أو هبة بعوض .
أما إذا كانت الحوالة بغير عوض ، وتحقق الضمان على الوجه الذي قدمناه ، فان المحال له لم يدفع شيئاً حتى يسترده . لذلك لا يكون له ، كما سبق القول ، إلا أن يرجع بتعويض عادل عن الضرر الذي أصابه ، يقدره القاضى على الوجه الذي أسلفناه (٢) .

الفرع الثاني

علاقة المحال له بالمحال عليه

٢٨٩- النصوص القانونية : تنص المادة ٣٠٦ من التقنين المدني على ما يأتي :

« يجوز قبل إعلان الحوالة أو قبولها أن يتخذ الدائن المحال له من الإجراءات ما يحافظ به على الحق الذي انتقل إليه » .

(١) بودى وسينا فقرة ٨٤١ .

(٢) انظر آنفاً فقرتي ٢٨٣ و ٢٨٤ .

وتنص المادة ٣١٢ على ما يأتي :

« للمدين أن يتمسك قبل المحال له بالدفع التي كان له أن يتمسك بها قبل الهيل وقت نفاذ الحوالة في حقه ، كما يجوز له أن يتمسك بالدفع المستمدة من عقد الحوالة (١) .

ولا مقابل لهذين النصين في التقنين المدني السابق ، ولكن أحكامهما كان معمولاً بها دون نص لأنها تطبيق للقواعد العامة .

ويقابل النصان في التقنين المدني السابق : في التقنين المدني السوري المادتين ٣٠٦ و ٣١٢ - وفي التقنين المدني الليبي المادتين ٢٩٣ و ٢٩٩ - وفي التقنين المدني العراقي المادة ٣٦٦ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٢/٢٨٥ (٢) .

(١) تاريخ التصور :

م ٣٠٦ : ورد هذا النص في المادة ٤٣١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٣١٨ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٣٠٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١١٨ - ص ١١٩)

م ٣١٢ : ورد هذا النص في المادة ٤٣٩ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « يجوز للمدين أن يحتج على المحال إليه بالدفع التي كان له ، وقت نفاذ الحوالة في حقه ، أن يحتج بها على الهيل ، كما يجوز له أن يحتج بالدفع الخاصة بالمحال إليه وحده » . وفي لجنة المراجعة عدل النص بما جعله مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وأصبح رقمه ٣٢٤ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٣١٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٢٩ - ١٣١) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري : م ٣٠٦ و م ٣١٢ (مطابقتان للمادتين ٣٠٦ و ٣١٢ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي : م ٢٩٣ و م ٣٠٠ (مطابقتان للمادتين ٣٠٦ و ٣١٢ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي : م ٣٦٦ (تطابق المادة ٣١٢ من التقنين المدني المصري ، فيما هنا العبارة الأخيرة فهي تجري في التقنين العراقي على الوجه الآتى : « كما يجوز له أن يحتج بالدفع الخاصة بالمحال له وحده . ولا مقابل في التقنين العراقي للمادة ٣٠٦ من التقنين المصري ، -

ويؤخذ من هذه النصوص أن علاقة المحال له بالمحال عليه (المدين) تتأثر كثيراً بالوقت الذي تصبح فيه الحوالة نافذة في حق المحال عليه بالإعلان أو بالقبول . فقبل هذا الوقت لا تكون علاقة المحال له بالمحال عليه إلا علاقة دائنية مستقبلية ، إلا أنها علاقة تسمح ببعض آثار محدودة ، أهمها أن المحال له يستطيع أن يتخذ إجراءات تحفظية للمحافظة على حقه المستقبل قبل المحال عليه كما يتمتع على المحال عليه أن يأتي من الأعمال ما يضر بهذا الحق . ومنذ إعلان الحوالة أو قبولها يصبح المحال له هو وحده الدائن - الخالي لا المستقبل - للمحال عليه ، وتقوم بينهما علاقة المديونية كاملة بما يترتب عليها من آثار .

المبحث الأول

علاقة المحال له بالمحال عليه قبل إعلان الحوالة أو قبولها

٢٩٠ - **دائنية المحال له للمحال عليه دائنية محروقة** : قبل إعلان الحوالة أو قبولها يبقى المدين الخالي دائناً للمحال عليه ، لأن الحوالة لم تنفذ بعد في حق المحال عليه . أما المحال له فدائنيته للمحال عليه كامنة بنقصها التنفيذ ، فهي دائنية محدودة لا تولد آثاراً كاملة ، ولكنها تولد بعض الآثار على كل حال .

فيستطيع المحال له من جانبه ، أن يتخذ للمحافظة على حقه إجراءات تحفظية . ومن جانب المحال عليه يجب أن يتمتع ، إذا كان قد علم بالحوالة فعلاً

- ولكن حكمها متفق مع القواعد العامة : انظر الدكتور حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني المرقى فقرة ٢٠٢ - فقرة ٢٠٤) .

تقنين الموجبات والمقود البناني م ٢/٢٨٥ : فيحق إذن المدين أن يدل بأسباب الدفع والدفع ، التي كان يحق له أن يدل بها ، تجاه المتفرغ له . ويجرى الأمر بالعكس إذا كان المدين قد وافق على الانتقال بلا قيد ولا شرط ، فهو يعد إذن عادلاً عن وسائل الدفاع التي كان يملكها إلى ذلك الحين .

(وهذه الأحكام تتفق مع أحكام التقنين المدني المصري : انظر الدكتور صبحي المصاوي في انتقال الالتزام في القانون المدني البناني ص ٣٥ - ص ٣٧) .

دون أن يقبلها ودون أن تعلن إليه ، من أن يأتي عملاً من شأنه الإضرار بحق المحال له .

٢٩١ - الإجراءات التحفظية التي تخضع لها المحال له : يستطيع المحال

له ، قبل إعلان المدين بالحوالة أو قبوله لها ، أن يتخذ من الإجراءات التحفظية ما هو واجب للمحافظة على الحق المحال به . وهذا ما نصت عليه صراحة المادة ٣٠٦ مدني ، فقد رأيناها تقضي بأنه « يجوز قبل إعلان الحوالة أو قبولها أن يتخذ الدائن المحال له من الإجراءات ما يحافظ به على الحق الذي انتقل إليه » (١).

فيجوز للمحال له أن يقطع التقادم ، إذا رأى أنه أوشك أن يتكامل . وبدلاً من أن يبدأ بإعلان الحوالة إلى المحال عليه لجعلها نافذة في حقه ، ثم يطالب بعد ذلك بالحق مطالبة قضائية ليقطع التقادم وقد لا يكون هناك وقت كاف قبل تكامل التقادم للقيام بهذين الإجراءين المتتاليين ، يعتمد منذ البداية على مطالبة المحال عليه مطالبة قضائية تقطع التقادم فوراً ، فيحفظ المحال له بذلك حقه من السقوط . والمطالبة القضائية تتضمن بطبيعة الحال إعلاناً للحوالة ، فهي تحدث الأثرين معاً في وقت واحد : تقطع التقادم وتجعل الحوالة نافذة في حق المحال عليه وفي حق الغير . ويستطيع المحال له أن يتلقى من المحال عليه اعترافاً بالحق في ذاته فيقطع التقادم ، وذلك قبل أن يكون المحال عليه مستعداً لقبول الحوالة ، فهو يقر بالحق الذي في ذمته ، ويريد أن يترتب في قبول الحوالة تحوطاً منه للنتائج التي تترتب على هذا القبول ، وبخاصة أثر القبول في منع التمسك بالمقاصة .

ويجوز للمحال له أيضاً أن يبادر إلى قيد رهن أو حق امتياز أو حق اختصاص يكفل الحق المحال به ، فليس هذا إلا إجراء تحفظياً يستطيع القيام به قبل إعلان الحوالة أو قبولها . كما يستطيع أن يجدد القيد إذا كان قد مضى على القيد السابق عشر سنوات ، ويكون القيد أو تجديده باسمه هو لا باسم المهيمل (٢) .

ويجوز للمحال له أن يوقع حجزاً تحفظياً تحت يد مدين المحال عليه ، ويتابع

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التفسيرية ٣ ص ١١٩ .

(٢) بودري وسينا ققرة ٨٥١ - بلانيول وريبير وردوان ٧ ققرة ١١٢٩ ص ٥٢٠ .

إجراءات هذا الحجز حتى يصل إلى الحكم بصحة الحجز . فيقف عند هذا الحد ، إذ يصبح الحجز عنده إذ إجراء تنفيذياً لا إجراء تحفظياً ، فلا يستطيع المحال له الاستمرار فيه قبل أن يجعل الحوالة نافذة في حق المحال عليه (١) .

وبجوز كذلك للمحال له ، إذا باع المحال عليه عقاراً مرهوناً في الحق المحال به وأراد الحائز أن يطهر العقار ، أن يطلب بيع العقار المطلوب تطهيره باعتباره دائماً مرتباً إذا هو أودع خزانة المحكمة مبلغاً كافياً لتغطية مصروفات البيع بالمزاد ، وذلك طبقاً للمادتين ١٠٦٧ - ١٠٦٨ من القانون المدني (٢) .

وقد قيس المحال له قبل إعلان الحوالة أو قبولها على الدائن تحت شرط واقف قبل تحقق الشرط ، فكل منهما يجوز له اتخاذ الإجراءات التحفظية (٣) .

(١) أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٩ مكررة ص ١٥٤ — ص ١٥٥ — بودري وسينيا فقرة ٨٥١ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٢٩ ص ٥٢٠ — ولا يوقع المحال له سبجاً تحفظياً تحت يد المحال عليه ، فإن هذا ليس مديناً لمدينه بل هو مدينه المباشر . وإن فعل ، قد هذا بمثابة إعلان الحوالة ، ومن ثم لا يكون في حاجة إلى طلب تثبيت الحجز التحفظي (استئناف مخطوط أول أبريل سنة ١٨٩١ م ٣ - ٢٧٩ - وانظر آنفاً فقرة ٢٦٦ في الهامش) .
(٢) جيلوار ٢ فقرة ٨٠٦ وما بعدها — أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٩ مكررة ص ١٥٥ — بودري وسينيا فقرة ٨٥١ ص ٨٨٥ — عكس ذلك : ديفرجيه ٢ فقرة ٢٠٤ — لوران ٢٤ فقرة ١٨ وما بعدها .

وهناك شك فيما إذا كان المحال له يستطيع أن يطن باسمه في حكم صدر ضد المحيل لمصلحة المحال عليه قبل صيرورة الحوالة نافذة في حق المحال عليه (انظر فيما يتعلق بالطن بالتقضى بلانيول وريبير وردوان ٧ ص ٥٢٠ هامش رقم ٣) . وسرى أن المحال له يستطيع ذلك دون خلاف بعد صيرورة الحوالة نافذة في حق المحال عليه (انظر فقرة ٢٩٤ في الهامش) .

(٣) ويقول بلانيول وريبير وردوان إن هذا قياس مع الفارق ، فالمحال له لا وجود لحقه تجاه المحال عليه قبل صيرورة الحوالة نافذة في حق هذا الأخير ، أما الدائن تحت شرط واقف فحقه موجود حتى قبل تحقق الشرط . ولكنهم يرون مع ذلك أن هذا الحكم تبرره فائدته العملية فهو يتمثل بعض آثار الحوالة في حق المدين من غير أن يلحق به كبير ضرر (بلانيول وريبير وردوان ٧ ص ٥٢١) .

وإذا كان المحال له يستطيع اتخاذ إجراءات تحفظية ضد المحال عليه ، فهذه الإجراءات يستطيع أيضاً ، ومن باب أول ، أن يتخذها المحيل ، لأنه لا يزال دائماً للمحال عليه مادامت لم تصبح نافذة في حق هذا الأخير . ومن ثم يكون للمحال عليه ، بالنسبة إلى الإجراءات التحفظية ، دائنتان في وقت واحد : المحيل والمحال له (انظر في هذا المعنى بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٢٩ ص ٥٢٠ — ص ٥٢١ — وانظر أيضاً فلاتيه في العقود لحساب الغير) .

٢٩٢ - امتناع المحال عليه من الإضرار بمقتضى المحال له: وبديهي

أن المحال عليه ، الذى لم يقبل الحوالة ولم يعلن بها ، إذا كان لا يعلم فعلا بصورتها ، يستطيع أن يعامل المحيل - وهو لا يزال الدائن له - فى شأن الحق المحال به ، فيوفيه إياه ، أو يجدده معه ، أو يجعله قصاصاً فى دين له عليه ، أو يستبرئه منه . وعلى هذا النحو أيضاً يعامل المحال عليه محالاً له ثانياً يكون قد قبل حوائله أو أعلنت له ، فهذا المحال له الثانى ، الذى حوائله نافذة قبل الحوالة الأولى ، هو وحده صاحب الحق بالنسبة إلى المحال عليه ، علم هذا بالحوالة الأولى أو لم يعلم .

أما إذا علم المحال عليه بالحوالة الأولى فعلا ، ولو قبل أن تصبح نافذة فى حقه بالإعلان أو بالقبول ، فمن واجبه حينئذ أن يمتنع من إتيان أى عمل ينطوى على غش ويكون من شأنه الإضرار بمقتضى المحال له . فليس له أن يوفى الحق المحال به للمحيل غشاً وتواطؤاً معه . أما إذا أجبره المحيل على الوفاء فلا جيلة له ، وقد تقدم بيان ذلك . وليس له أن يتواطأ غشاً مع محال له تال للمحال له الأول ، فيقبل الحوالة الثانية حتى يجعلها نافذة قبل الحوالة الأولى . بل إنه يستطيع ، قبل إعلان الحوالة أو قبولها ، أن يوفى الحق المحال به للمحال له ، ويعتبر هذا الوفاء بمثابة قبول منه للحوالة (١) . كما يستطيع المحال له أن يطالبه بالحق المحال به مطالبة قضائية ، وتعتبر هذه المطالبة بمثابة إعلان للحوالة (٢) .

وزى من ذلك أنه من وقت صدور الحوالة إلى وقت إعلانها أو قبولها ، يكون للمحال عليه دائنتان فى دين واحد ، هما المحيل والمحال له . ولكل منهما أن يطالبه بالدين ، وله أن يوفى الدين لأى منهما ، وهما مع ذلك ليسا بدائنتين متضامتين (٣) .

(١) بودرى وسينيا فقرة ٨٥١ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٢٩ ص ٥٢١ وحاشى رقم ٣ .

(٢) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٢٩ ص ٥٢١ — وانظر آنفاً فقرة ٢٩١ .

(٣) ومن ثم لا يكون للإعلان أو القبول شأن عمل كبير فى العلاقة ما بين المحال له والمحال عليه ، وهذا يمسك التبر من محال له ثان أو دائن حاجز أو دائن عاضى فى حالة إفلاس المحيل -

المبحث الثاني

علاقة المحال له بالمحال عليه بعد اعلان الحوالة أو قبولها

٢٩٣ - نفاذ الحوالة في حق المحال عليه : باعلان الحوالة أو قبولها يصبح نافذة ، كما قدمنا ، في حق المحال عليه ، ويصبح الأثر الأول للحوالة - انتقال الحق المحال به من المحيل إلى المحال له - نافذاً بالنسبة إلى المحال عليه . ويترب على ذلك نتيجتان رئيسيتان :

(الأولى) أن يحل المحال له محل المحيل ، بالنسبة إلى المحال عليه ، في نفس الحق المحال به في الحالة التي يكون عليها وقت إعلان الحوالة أو قبولها . أما انتقال الحق فيما بين المحيل والمحال له فيكون بالحالة التي كان عليها وقت صدور الحوالة .

(الثانية) أن يكون للمحال عليه - وهذه نتيجة مترتبة على النتيجة الأولى - التمسك قبل المحال له بالدفع التي كان له أن يتمسك بها قبل المحيل وقت الإعلان أو القبول ، وكذلك بالدفع المستمدة من عقد الحوالة .

= أو إعساره ، فإن للإعلان أو القبول شأنًا حاسمًا بالنسبة إلى هؤلاء . وزي من ذلك أن المحال عليه في مركز وسط بين أطراف الحوالة والثبير ، فهو لا يتمسك غيرا ولا يخلص طرفاً في الحوالة (بلانيول وريبير وردوان ٧ ص ٥٢٣ هامش رقم ١) .

وهناك تياران متضاريان في تقدير أهمية إجراءات الإعلان والقبول ، وهي الإجراءات التي تجعل الحوالة نافذة في حق المدين وفي حق الثبير : تيار ينزع إلى الخفض من شأن هذه الإجراءات والتقليل من أهميتها وهذا هو المذهب الجرماني ، وتيار ينزع إلى الإكبار من شأنها وجعلها بمنزلة إجراءات للشهر كالتسجيل والقيود وهذا هو المذهب اللاتيني (قارب في هذا المعنى بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٢٩ ص ٥٢١ - ص ٥٢٣ - بلانيول وريبير وبولانجي ٢ فقرة ١٧٠٨) عل أن هذه الإجراءات لا تستكمل مقوماتها كإجراءات الشهر فعالة ، إلا إذا كان المدين المحال عليه ملزماً قانوناً باعطاء الثبير ، متى طلب منه ذلك ، بما يعلمه من حوالات سابقة عن طريق قبوله لها أو إعلانها ، فيكون المحال عليه هو الجهة التي يتركز فيها الشهر (انظر اقتراحاً في هذا المعنى لجمعية الدراسات التشريعية في مجلتها سنة ١٩٣٧ ص ٣٤٠ والتقرير الذي وضعه بولانجي في هذا الشأن) .

٢٩٤ — مآل المحال له محل المحيل في نفس المحال به : ينتقل ،

بالنسبة إلى المحال عليه ، الحق المحال به من المحيل إلى المحال له ، كما قدمنا وينتقل بالحالة التي يكون عليها وقت إعلان الحوالة أو قبولها (١) .

فمن هذا الوقت لا يكون للمحال عليه إلا دائن واحد هو المحال له ، وقد حل محل المحيل الدائن السابق ، وأصبح هو دون المحيل صاحب الحق بالحالة التي يكون عليها وقت الإعلان أو القبول . فلو أن هذا الحق كان موجوداً وقت صدور الحوالة ، ولكنه انقضى قبل الإعلان أو القبول بأن استوفاه المحيل مثلاً أو قضاه بأي سبب من أسباب الانقضاء ، فإن المحال له لا ينتقل إليه شيء قبل المحال عليه ، لأن الحق أصبح غير موجود وقت الإعلان أو القبول .

وينتقل الحق إلى المحال له بالصفات التي تكون له وقت الإعلان أو القبول . فلو كان الحق ثابتاً في سند تنفيذي في هذا الوقت ، ولو لم يكن ثابتاً في هذا السند وقت صدور الحوالة ، فإن الحق ينتقل إلى المحال له قابلاً للتنفيذ بفضل هذا السند التنفيذي . ولو كان الحق تجارياً أو ينتج فوائد أو كانت له صفات أخرى غير ذلك ، فإنه ينتقل بنفس هذه الصفات إلى المحال له قبل المحال عليه .

وينتقل الحق إلى المحال له بالضمانات التي تكفله وقت الإعلان أو القبول (٢) . فلو أن الحق المحال به كان مضموناً برهن أو اختصاص أو امتياز أو كفيل ، فإنه ينتقل بهذه الضمانات إلى المحال له قبل المحال عليه وقبل الكفيل . ولو كان الضمان الذي يكفل المحال به موجوداً وقت صدور الحوالة ، ولكنه انقضى قبل إعلانها أو قبولها ، فإنه يعتبر غير موجود ولا ينتقل مع الحق إلى المحال له ، كما لو سقط قيد الرهن أو أبرأ المحيل الكفيل قبل الإعلان أو القبول ، وإنما يرجع المحال له على المحيل بالضمان وفقاً للقواعد التي قدمناها .

(١) وقد تقدم الكلام في انتقال الحق فيما بين المحيل والمحال له (انظر آنفاً فقرة ٢٧٢ — ٢٧٧) ، ونحن الآن في صدد انتقال الحق إلى المحال له بالنسبة إلى المحال عليه .
(٢) وكما ينتقل الحق بضماناته ينتقل أيضاً بما يشغله من تكاليف ، فينتقل حق المأجور إلى المحال له مثلاً بامتياز المأجور من الباطن (استئناف مخطط ٢٧ فبراير سنة ١٩٢٠ م ٣٢٢ ص ١٦١ : دوائر مجتمعة — ٣٠ مارس سنة ١٩٢٠ م ٣٢٢ ص ٢٤٤) .

وما دام الحق نفسه قد انتقل من المحيل إلى المحال له بالنسبة إلى المحال عليه ، فقد أصبح المحال عليه ليس له ، كما قلنا ، إلا دائن واحد هو الذى يجب أن يوفيه الحق . فلا يجوز له أن يوفى الحق ، بعد الإعلان أو القبول ، إلى المحيل ، ويكون هذا الوفاء غير مبرىء لذمته ، ويستطيع المحال له أن يستوفى الحق منه مرة ثانية ، ولا يبقى للمحال عليه إلا الرجوع على المحيل بما دفعه إليه دون حق . ويجوز للمحال له ، بعد الإعلان أو القبول ، أن يجبر المحال عليه على الوفاء له بالحق كاملاً (١) ، كما يجوز له أن يقضى الحق بأى سبب من أسباب الانقضاء كال تجديد والمقاصة واتحاد الذمة والإبراء (٢) .

(١) ولا يقتصر على استيفاء الموعود الذى دفعه مقابل الحق ، إلا إذا كان متنازعا فيه ، وقد تقدم بيان ذلك .

(٢) ويجوز للمحال له أن يأخذ حق اختصاص بحكم حول له (استئناف مختلط ٢٠ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥٠ ص ٣٠٧) ، كما يجوز له أن يرفع استئنافاً عن حكم صدر ضد المحيل (استئناف مختلط ١٤ نوفمبر سنة ١٩٠٠ م ١٣ ص ١٠ — ٢٦ أبريل سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٣٠ — ١٥ نوفمبر سنة ١٩٠٥ م ١٨ ص ١٢) . وبالجمله يستطيع المحال له أن يتخذ الإجراءات القضائية ضد المحال عليه باسمه خاصة (استئناف مختلط ٢٢ ديسمبر سنة ١٨٩٨ م ١١ ص ٦١ — ٢٢ نوفمبر سنة ١٨٩٩ م ١٢ ص ٢٢ — ١٢ يونيو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٣٤٧) .

وبالنسبة إلى الإجراءات القضائية يمكن تلخيص موقف المحال له فى المبادئ الآتية : (أولاً) للمحال له رفع الدعوى باسمه ضد المحال عليه لمطالبته بالحق المحال به (محكمة مصر ١١ أبريل سنة ١٩٢٦ المجموعة الرسمية ٢٨ رقم ٨٨ ص ١٦٩) ، وله أن يدخل المحيل ضامناً فى الدعوى (استئناف مصر ٢٥ يونيو سنة ١٩٢٥ المأماة ٦ رقم ٥٣٣ ص ٨٥٥) . (ثانياً) إذا وجدت قضية قائمة بين المحيل والمحال عليه فى خصوص الحق المحال به ، وجب على المحال له أن يأخذ مكان المحيل فيها ، بأن يتدخل فى الدعوى فى أية حالة كانت عليها (استئناف مصر ٢ أبريل سنة ١٩٣٠ المأماة ١٠ رقم ٣٥٥ ص ٧١٧ — استئناف مختلط ٢٠ نوفمبر سنة ١٨٩٠ م ٣ ص ٢٤) . (ثالثاً) يعتبر المحيل وكيلًا عن المحال له فى مواجهة دفاع المحال عليه ، فالاستئناف المرفوع منه يفيد المحال له (استئناف مختلط ٢٤ نوفمبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ ص ٤٧) ، وكذلك يستفيد المحال له من الطلبات التى وجهها المحيل إلى المحال عليه ، فالطلبات التى كانت موجهة من المحيل فى الدعوى الابتدائية تعتبر قائمة أمام محكمة الاستئناف (استئناف مصر ١٩ فبراير سنة ١٩٣٠ المأماة ١٠ رقم ٣٤٣ ص ٦٩٠) . (رابعاً) للمحال له الحق فى التنفيذ باسمه ولو كانت الحوالة فى ورقة عرقية ، مادام الحق المحال به قد استجمع الشرائط القانونية ليكون قابلاً للتنفيذ بأن كان ثابتاً فى ورقة رسمية أو صدر به حكم قابل للتنفيذ (مصر مستعجل ٩ ديسمبر سنة ١٩٣٩ المأماة ٢٠ رقم ٢٣٣ ص ٦٦٣) .

ولا يستطيع المحيل ، بعد الإعلان أو القبول ، أن يتصرف في الحق المحال به مرة ثانية ، لا يبيع ولا يبرهن ولا بأي نوع آخر من أنواع التصرفات (١) ، كما لا يجوز أن يوقع أحد دائي المحيل حجزاً تحفظياً على الحق المحال به تحت يد المحال عليه بعد الإعلان أو القبول . وعلى العكس من ذلك ، يستطيع المحال له ، بعد الإعلان أو القبول ، أن يتصرف في الحق بحوالة تالية ، كبيع أو هبة أو رهن ، ويجوز لدائنيه أن يوقعوا حجزاً تحفظياً على الحق تحت يد المحال عليه .

على أن حلول المحال له محل المحيل قبل المحال عليه ليس من شأنه أن ينقل الصفات للصيقة بشخص أحدهما إلى شخص الآخر . فلو أن المحيل كان زوجة المحال عليه ، ومن ثم يكون سريان التقادم موقوفاً لمصلحة الزوجة ، لم ينتقل أثر هذه الظروف الشخصية إلى المحال له ، ويبدأ سريان التقادم من وقت أن تصبح الحوالة نافذة في حق الزوج المحال عليه (٢) .

٢٩٥ - الدفوع التي للمحال عليه أنه يتمسك بها قبل المحال له :

وأينا أن المادة ٣١٢ مدني تنص على أن « للمدين أن يتمسك قبل المحال له بالدفوع التي كان له أن يتمسك بها قبل المحيل وقت نفاذ الحوالة في حقه ، كما

(١) ومن باب أول لا يستطيع المحيل أن يبرهن ذمة المحال عليه من الدين إذا كان إعلان الحوالة للمحال عليه سابقاً على إعلان الإبراء (استئناف مختلط ١٨ نوفمبر سنة ١٩١٩ م ٣٢ ص ١٤) . كذلك لا يستطيع المحال عليه أن يتمسك قبل المحال له ، في حوالة الأجرة ، بحقه في إنقاص الأجرة قبل المحيل إذا كان هذا الحق لم يستعمل إلا بعد أن أصبحت الحوالة نافذة في حقه (استئناف مختلط ٢٣ يناير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ١٦٠) . ولا يستطيع المحيل بعد نفاذ الحوالة في حق المحال عليه أن يصالحه (استئناف مختلط ٢ يناير سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٩٣) . ولا يحتاج على المحال له بالاتفاقات التي تكون قد تمت بين المحيل والمحال عليه بعد إعلان الحوالة للمحال عليه (نقض مدني ٢٩ مارس سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ ص ٤١٢) .

(٢) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٢٦ ص ٥١٤ - ص ٥١٥ - وعلى العكس من ذلك ، إذا حول الحق لزوجة المدين ، وقف سريان التقادم لمصلحتها ، ولم يكن موقوفاً من قبل لمصلحة المحيل (أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٩ مكررة ص ١٦٠ - بودري وسينيا فقرة ٨٤٦) . وإذا حول الوارث حقاً لفرقة انتقل إليه بالميراث ، وأصبح المحال له خلفاً خاصاً في هذا الحق ، لم يصبح بالحوالة مستولاً من شيء من ديون الفرقة ، بل يبقى الوارث المحيل هو المستول من هذه الديون في حدود حصته في الميراث (استئناف مختلط ٢٦ أبريل سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٢١) . (٣٤ م - الوسيط)

يجوز له أن يتمسك بالدفع المستمدة من عقد الحوالة . وهذه نتيجة منطقية مرتبة على كون الحق المحال به هو الذى ينتقل من المحيل إلى المحال له قبل المحال عليه ، كما قدمنا . فإدام الحق نفسه هو الذى ينتقل ، فإنه ينتقل بالدفع التى عليه كما انتقل بالصفات والضمانات التى له . فيستطيع المحال عليه إذن أن يتمسك بهذه الدفع قبل المحال له ، كما كان يستطيع التمسك بها قبل المحيل (١) . ويستطيع أيضاً أن يتمسك بالدفع التى يستمدها من عقد الحوالة ذاته ، وهو العقد الذى نقل الحق المحال به من المحيل إلى المحال له .

يستطيع المحال عليه أولاً أن يتمسك قبل المحال له ، بالنسبة إلى الحق المحال به ، بالدفع التى كان يستطيع أن يتمسك بها قبل المحيل وقت إعلان الحوالة أو قبولها . فإذا كان هناك ، فى هذا الوقت ، دفع يمكن أن يدفع به هذا الحق قبل المحيل ، فإن هذا الدفع يصلح للتمسك به قبل المحال له . والدفع قد ترجع إلى انقضاء الحق أو إلى بطلانه أو إلى انفساخه . فيجوز أن يكون الحق المحال به قد انقضى وقت إعلان الحوالة أو قبولها ، حتى لو كان موجوداً وقت صدور الحوالة . فيصبح مثلاً للمحال عليه أن يدفع بأن الحق قد انقضى إما بالوفاء (٢)

(١) نقض ملف ٣ فبراير سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٧٦ ص ٥٩٤ — استئناف أهل ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٠٩ المجموعة الرسمية ١١ رقم ٢٩ ص ٧٩ — ٢١ مايو سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٣ رقم ١٣٠ ص ٢٦٩ — ١٨ ديسمبر سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ٤٦ ص ٨٧ — ٣ أبريل سنة ١٩٢٣ المجموعة ٣ رقم ٤١٦ ص ٥١٢ — استئناف مصر ١٥ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المجموعة ٨ رقم ١٤١ ص ١٨٧ — ١٠ مارس سنة ١٩٢٩ المجموعة الرسمية ٣٠ رقم ٧٠ ص ١٦٦ — ٢ أبريل سنة ١٩٣٠ المجموعة ١٠ رقم ٣٥٥ ص ٧١٧ — استئناف مختلط ٦ نوفمبر سنة ١٨٨٩ م ١ ص ٣٩٣ — ٢٧ نوفمبر سنة ١٨٩٠ م ٣ ص ٣٧ — ٢ يونيو سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٣٠٥ — ٢٢ مارس سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٧١ — ٢٦ يناير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٠٠ — ٢٠ مارس سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٠٣ — ٥ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٠٧ — ٢٣ فبراير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٦٧ — ٧ يونيو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٨٦ — ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٨٦ — ٢١ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٣٨ — ٨ فبراير سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٢٣ — ١٦ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٢٧ — ١٧ مايو سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٣٤ .

(٢) وليس من الضروري أن تكون الخالصة ثابتة للتاريخ لا يمكن أن يتمسك بها المحال عليه قبل المحال له ، ولكن المحال له أن يثبت عدم جديتها (استئناف مختلط ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ٧١ — أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ مكررة ص ١٥٣ — بودرى وسينيا فقرة ٨٤٧ ص ٨٨٠ — بلانول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٢٨ ص ٥١٧ علمش رقم ٤) .

أو بالتجديد أو بالمقاصة أو باتحاد الذمة أو بالإبراء أو بغير ذلك من أسباب الانقضاء ، سواء كان الانقضاء سابقاً على صدور الجلالة أو تالياً له ، ما دام الحق قد انقضى قبل إعلان الجلالة أو قبولها (١) . ويجوز كذلك أن يكون الحق قد انقضى بتصرف المحيل فيه لحال له آخر ونفذت الجلالة الثانية قبل نفاذ الجلالة الأولى ، ففي هذه الحالة يدفع المحال عليه مطالبة المحال له الأول بأن الجلالة الثانية هي النافذة في حقه وفي حق المحال له الأول على السواء . ويجوز أن يكون أحد دائي المحيل قد وقع حيزاً تحفظياً تحت يد المحال عليه قبل إعلان الجلالة أو قبولها ، وعندئذ يكون للمحال عليه أن يدفع مطالبة المحال له بالحق كله بأن الدائن الحاجز يشاركه فيه . كل هذه دفعات ترجع إلى انقضاء الحق ، كان المحال عليه يستطيع أن يدفع بها مطالبة المحيل ، فيجوز له أن يتمسك بها قبل المحال له . وهناك دفعات ترجع إلى بطلان الحق المحال به أو إلى انفساخه ، كأن يكون الحق مصدره عقد باطل أو عقد قابل للإبطال أو عقد قابل للفسخ ، أو يكون الحق معلقاً على شرط واقف لم يتحقق أو معلقاً على شرط فاسخ تحقق (٢) . كل هذه دفعات كان المحال عليه يستطيع أن يتمسك بها قبل المحيل ، ليستطيع كذلك أن يتمسك بها قبل المحال له (٣) .

(١) انظر الأستاذ عبد الحى حجازى ص ٣٦٠ — وقارن الأستاذ شفيق شحاتة في حوالة الحق في قوانين البلاد العربية فقرة ٥٢ وفترة ٥٤ .
(٢) المذكرة الايضاحية للشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ص ١٢٩ — ص ١٣٠ .

(٣) كذلك يستطيع المحال عليه أن يتمسك قبل المحال له بالفوائد الربوية التي دفعها المحيل ويطلب استردادها من أصل الدين (بودرى وسينيا فقرة ٨٤٧ ص ٨٨١) .
أما إذا كان الحق ما بين المحيل والمحال عليه سورياً ، وحوله المحيل إلى آخر فإن المحال له يعتبر من الغير في السورية إذا كان حسن النية ، ولا يستطيع المحال عليه أن يتمسك قبله بانعدام الحق لسورته . وقد قضت محكمة النقض بأن ليس للمدين في حوالة مدنية قبلها المدين والضامن قبولاً ناقلاً للملك أن يتمم الدليل في وجه المحال له على سورية السبب الظاهر في ورقة الدين ، متى كان المحال له يجهل المعاملة السابقة التي أخفى سببها عليه ، وكان يعتقد أن السبب الظاهر حقيقى ، وكان المدين لم يدفع يعلم هذا المحال له السبب الحقيقى وقت احتياله بالدين ، ولأن إخفاء السبب الحقيقى تحت ستار السبب المتحلل لا يمكن الاحتجاج به على غير المتعاقدين ومنهم المحال له (نقض مدنى ١١ أبريل سنة ١٩٢٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٤٧ ص ٦٨٤ — انظر أيضاً: استئناف مصر ١٤ ديسمبر سنة ١٩٣٨ الحاماة ٢٠ رقم ١٠٣ ص ٢٩٣ — استئناف -

على أن هناك دفين يخرجان على القواعد التي قدمناها ، هما الدفع باتحاد الزمة والدفع بالمقاصة . فإذا كان المحال عليه هو وارث المحيل ، وبعد صلور الحوالة ، ولكن قبل إعلانها أو قبولها ، مات المحيل فورثه المحال عليه وانقضى الحق المحال به باتحاد الزمة ، فقد كان ينبغي أن يستطيع المحال عليه أن يدفع مطالبة المحال له بعد إعلان الحوالة بانقضاء الحق . ولكنه لما وارثاً للمحيل ، وكان للمحال له أن يرجع بالضمان على المحيل أو على تركته التي يمثلها الوارث ، فان الأمر ينتهي إلى أن المحال عليه لا يجوز أن يتمسك بهذا السبب من أسباب الانقضاء (١) . كذلك إذا كان هناك حق للمحال عليه في ذمة المحيل بحيث ينقضي الحق المحال به بالمقاصة ، ولكن المحال عليه قبل الحوالة دون تحفظ ، فانه لا يستطيع أن يدفع مطالبة المحال له بالمقاصة (٢) كما كان يستطيع دفعها بالدفع الأخرى . فقد رأينا أن المادة ٣٦٨ مدني تنص على أنه ١٥ — إذا حول الدائن حقه للغير وقبل المدين الحوالة دون تحفظ ، فلا يجوز لهذا المدين أن يتمسك قبل المحال له بالمقاصة التي كان له أن يتمسك بها قبل قبوله للحوالة ، ولا يكون له إلا الرجوع بحقه على المحيل . ٢ — أما إذا كان المدين لم يقبل الحوالة ولكن أعلن بها ، فلا تمنعه هذه الحوالة من أن يتمسك بالمقاصة (٣) .

— مخطط ٧ فبراير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٢٠٩ — ١١ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٧٧ — ٣١ ديسمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٥٥ — ١٦ مايو سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٤٧ — ٢٦ فبراير سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٥٩ — وانظر الوسيط جزء ٢ فقرة ٦٢١ ص ١٠٩٠ هامش رقم ١ .

(١) هيك ٢ فقرة ٣٧٨ — بودي وسينا فقرة ٨٤٧ ص ٨٨٠ — ص ٨٨١ .

(٢) استئناف مخطط ١١ فبراير سنة ١٩٩٧ م ٩ ص ١٥٤ .

(٣) أما تقنين الموجهات والمقود البناني فيعم حكم المقاصة على جميع الدفع الأخرى ، تنص المادة ٢/٢٨٥ منه ، كما رأينا ، على أنه يجوز « المدينون أن يدل بأسباب الدفع والدفع التي كان يحق له أن يدل بها تجاه المتفرغ له . ويجري الأمر بالعكس إذا كان المدينون قد وافق على الانتقال بلا قيد ولا شرط ، فهو يعد إذن عادلا من وسائل الدفاع التي كان يملكها إلى ذلك الحين » . وهذا الحكم مستند ، وهو مخالف للمعنى الذي يتلوى عليه قبول الحوالة ، إذ لا يعبر هذا المعنى أن يكون إقراراً من المحال عليه بطله الحوالة ، ولا يتضمن هذا القبول نزولاً من الدفع التي كان له أن يتمسك بها قبل المحيل (انظر في هذا المعنى بودي وسينا فقرة ٨٤٨ — الأستاذ شفيق شحاتة في حوالة الحق في قوانين البلاد العربية فقرة ٥١ ص ٤٥ — الدكتور صبحي الحمصاني في انتقال الالتزام في القانون المدني اللبناني ص ٣٦ — ص ٣٧) . على أن —

ويستطيع المحال عليه ثانياً أن يتمسك بالدفع التي ترجع إلى عقد الحوالة ذاته . مثل ذلك أن يكون عقد الحوالة باطلاً ، وهو سند المحال له في الرجوع على المحال عليه ، فلهذا أن يدفع بطلانه أو يجوز أن يتمسك بالبطلان كل ذي مصلحة . أما إذا كان عقد الحوالة قابلاً للإبطال لمصلحة المحيل فإن المحيل وحده هو الذي يستطيع أن يتمسك بإبطال الحوالة ، ولا يستطيع المحال عليه ذلك لأن الإبطال لم يتقرر لمصلحته ، بل ولا يستطيع أن يتمسك بالإبطال باسم المحيل لأنه ليس دائئاً له بل مديئاً . فلا يبقى أمامه إلا أن يدخل المحيل خصماً في الدعوى التي يرفعها عليه المحال له ، ويطلب منه إما أن يتمسك بإبطال العقد وإلا دفع المحال عليه الحق المحال به للمحال له معتبراً سكوت المحيل عن التمسك بإبطال العقد إجازة ضمنية منه للحوالة . وهذا هو أيضاً شأن ما إذا كان عقد الحوالة قابلاً للفسخ . فإذا كانت الحوالة في مقابل ثمن لم يدفعه المحال له للمحيل ، وكان للمحيل أن يفسخ العقد لعدم دفع الثمن ، فليس للمحال عليه أن يتمسك بالفسخ ، فإن الذي يتمسك به هو المحيل . وللمحال عليه أن يدخل المحيل خصماً في الدعوى ، حتى إذا رأى هذا أن

= قبول المحال عليه للحوالة قبولاً لا تحفظ فيه، ومتضمناً معنى أنه قد ألزم شخصياً نحو المحال له، قد يفيد زوله عن الدفع التي كان يستطيع أن يدفع بها مطالبة المحال له ، فلا يجوز له بعد ذلك أن يتمسك بأي دفع من هذه الدفع ، ويجب عليه أن يفي بالحق المحال به للمحال له ، ثم يرجع بعد ذلك على المحيل إن كان هناك وجه الرجوع (استئناف مخطط ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٠٧ م ٢٠ ص ٨ — الأسكندرية ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٢ رقم ٢٢٦ ص ٤٥٠ — بودي وسينيا فقرة ٨٤٩ — فقرة ٨٥٠ — قانون الموسكي ١٦ أكتوبر سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٢٨٠ ص ٥٥٠) . ولكن تضمين قبول المحال عليه للحوالة معنى للزول عن الدفع التي كانت له قبل المحيل لا يفترض ، بل لا بد أن يكون هذا المعنى واضحاً من قبول الحوالة ، فإن قام شك فسر القبول لمصلحة المحال عليه ، لأنه هو المدين ، واعتبر قبولاً للحوالة مع الاحتفاظ بما للمحال عليه من دفع كان له أن يتمسك بها قبل المحيل (بودي وسينيا فقرة ٨٤٩ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٢١ ص ٥٠١ — ٥٠٢ — وانظر آنفاً فقرة ٢٦٧) . ويمرض التفتين المدعى الألماني لدفع المحال عليه بالمقاصة ، فتتص المادة ٤٠٦ من هذا التفتين على ما يأتي : « يجوز للمدين أيضاً أن يتمسك بالمقاصة قبل الدائن الجديد (المحال له) في حق ثبت له في ذمة الدائن السابق (المحيل) ، إلا إذا كان وقت أن كسب هذا الحق قد أحاط علماً بوقوع الحوالة، وإلا إذا كان حقه لم يحل إلا بعد علمه بالحوالة، ويشترط في هذه الحالة الأخيرة ألا يكون هذا الحق قد حل إلا في وقت لاحق لحلول الحق المحال به » . وانظر في التعليل على هذا النص التعليلات على التفتين المدعى الألماني ١ م ٤٠٦ ص ٥٧٦ — ص ٥٧٨ .

يطالب بفسخ العقد فعل ، وإلا كان الحال عليه ملزماً بدفع الحق المحال به للمحال له ، ثم يطالب المحيل المحال له بشمن الحوالة (١) . وقد يكون عقد الحوالة صورياً ، فيجوز للمحال عليه أن يدفع بصورته (٢) ، وأن يثبتها بجميع الطرق ، حتى بالبينة وبالقرائن (٣) ، لأنه ليس طرفاً في الصورية . ولكنه لا يعتبر غيراً فيها ، إذ هو ليس بدائن ولا بخلف خاص لأى من طرفي الصورية ، فإذا وفى الحق المحال به للمحال له معتقداً بحسن نية أن الحوالة جدية ، كان الدفع صحيحاً مبرئاً للذمة ، لا لأنه من الغير في الصورية ومن حقه أن يتمسك بالعقد الصورى ،

(١) ويبدو مما تقدم أنه من الأسراف القول بأن المحال عليه أن يتمسك بالدفع التي ترجع إلى عقد الحوالة ذاته ، فقد رأينا أنه لا يستطيع أن يتمسك بإبطال العقد أو بفسخه ، ويجب عليه أن يدخل المحيل خصماً في الدعوى ليتولى بنفسه التمسك بذلك . وإذا كان المحال عليه يستطيع التمسك بإبطال العقد ، فإن ذلك لا يرجع إلى قواعد الحوالة بل إلى قواعد البطلان المطلق ، إذ يستطيع التمسك بالبطلان المطلق كل ذي مصلحة . وسرى حالا أن المحال عليه يستطيع أن يتمسك بصورية الحوالة ، ولكن هذا أيضاً يرجع إلى قواعد الصورية لا إلى الحوالة ، فإن الصورية كالبطلان المطلق يستطيع كل ذي مصلحة أن يتمسك بها . وقد كان المشروع التمهيد لنص المادة ٣١٢ مدني ، وهو النص الذي يميز المحال عليه أن يتمسك بالدفع المستمدة من عقد الحوالة ، يجري على الوجه الآتي : « كما يجوز له أن يحتج بالدفع الخاصة بالمحال إليه وحده » ، أي يستطيع المحال عليه أن يتمسك ضد المحال له مثلاً بمقاصة وقعت بين الحق المحال به وحق آخر مقابل ترتب في ذمة المحال له للمحال عليه . فكان النص مستقيماً على هذا الوجه . إلا أنه عدل في لجنة المراجعة ، لتسقيفه مع المادة ٣٢٠ الواردة في حوالة الدين ، مع أن هناك فرقاً واضحاً بين حوالة الدين وحوالة الحق في هذا المصدد . فحق حوالة الدين — دون حوالة الحق — يكون المحال عليه دائماً طرفاً في عقد الحوالة ، فن حقه إذن أن يتمسك بالدفع المستمدة من هذا العقد . (انظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٢٩ — ص ١٣١ — انظر آنفاً فقرة ٢٨٩ في الماش) . وكان الأولى إبقاء النص على أصله دون تعديل ، وهذا ما وقع في التفتين المدني العراقي في المادة ٣٦٦ ، فقد بقيت هذه المادة على أصلها في المشروع التمهيدى المصرى دون تعديل كما بينا ذلك آنفاً في فقرة ٢٨٩ في الماش . (انظر في هذا المعنى الأستاذ شفيق شحاتة في حوالة الحق في قوانين البلاد العربية فقرة ٥٥ — الدكتور صبحي الميخائيل في انتقال الالتزام في القانون المدني اللبناني ص ٣٧ — وقارن الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٣٦٠) .

(٢) قارن استئناف مخطوط ١٤ يوتيه سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٣٦٣ — ٦ نوفمبر سنة ١٩٤٢ ٣ ص ٣٦٠) .

(٣) ولا يمكن لإثبات صورية الحوالة أن المقابل المدفوع يعادل قيمة الحق المحال به مع أن هذا الحق لا ينتج فوائده مع أن استيفاءه يقتضى وقتاً وإجراءات طويلة (استئناف مخطوط ٣٠ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٢٣٥) .

بل لأنه وفي الحق إلى الدائن الظاهر بحسن نية (١) . على أنه إذا تمسك المحال عليه بصورية الحوالة ، جاز مع ذلك اعتبار الحوالة الصورية توكيلاً من المحيل للمحال له في قبض الحق المحال به من المحال عليه ، فيصح للمحال له باعتباره وكيلاً لإلزام المحال عليه بدفع الحق المحال به ، كما يجوز للمحيل الرجوع في هذا التوكيل (٢) .

الفرع الثالث

علاقة المحيل بالمحال عليه

٢٩٦ — التمييز بين مرحلتين : في علاقة المحيل بالمحال عليه يجب أن نميز بين مرحلتين : (١) المرحلة التي تسبق إعلان الحوالة أو قبولها (٢) ثم المرحلة التي تلي الإعلان أو القبول .

٢٩٧ — المرحلة التي تسبق اعلانه الحوالة أو قبولها : في هذه المرحلة لا تزال الحوالة غير نافذة في حق المحال عليه ، ولا يزال صاحب الحق بالنسبة إليه هو المحيل . فيستطيع المحيل إذن أن يقوم باتخاذ جميع الإجراءات التحفظية اللازمة ، كأن يقطع التبادم وأن يقيد الرهن وأن يجدد القيد وأن يتقدم في التوزيع ونحو ذلك (٣) . وما ينتج من أثر يقيد بطبيعة الحال المحال له . وقد رأينا فيما قلناه أن هذه الإجراءات التحفظية يستطيع المحال له أيضاً ، في هذه المرحلة نفسها ، أن يتخذها باسمه .

كذلك يستطيع المحيل ، في المرحلة التي نحن بصدددها ، أن يجاوز الأعمال التحفظية إلى الأعمال التنفيذية ، فهو بالنسبة إلى المحال عليه لا يزال صاحب

(١) الوسيط جزء ٢ ، قرة ٢٢١ ص ١٠٩٠ هامش رقم ١ .

(٢) استئناف مخطوط ٣ نوفمبر سنة ١٩٣٨ م ٥١ ص ٩ . وانظر في إمكان أن تكون

الحوالة وكالة بالقبض بقصد التحصيل ما ذكرناه آنفاً قرة ٢٤٦ في الهامش .

(٣) انظر آنفاً قرة ٢٩١ في الهامش .

الحق كما قلنا . فله أن يستوفى الحق من المحال عليه ، وله أن يجبره على الوفاء . وليس للمحال عليه في هذه الحالة الأخيرة إلا أن يبادر إلى قبول الحوالة حتى يجعلها نافذة في حقه فلا يوفى الحق المحال به إلا للمحال له ، أو أن يدخل المحال له خصماً في الدعوى ويدعوه إلى تحديد موقفه من الحوالة . كذلك يستطيع المحيل أن يقضى الحق بأى سبب من أسباب الانقضاء ، كالتجديد والمقاصة وانحاد الذمة والإبراء ، ولا يكون للمحال له في هذه الحالة إلا الرجوع عليه بالضمان إن كان هناك محل للرجوع (١) .

ويستطيع المحيل أيضاً أن يتصرف في الحق المحال به ، فهو لا يزال صاحبه بالنسبة إلى المحال عليه وبالنسبة إلى الغير ، فيحول الحق مرة أخرى إلى محال له ثان على سبيل البيع أو الهبة أو الرهن أو غير ذلك . ويجوز للدائى المحيل أن يحجزوا حجزاً تحفظياً على الحق المحال به تحت يد المحال عليه (٢) . فالمحال له إذن يخلص له الحق المحال به بالحالة التى يكون عليها وقت الإعلان أو القبول ، لأبعائه وقت صدور الحوالة . وإذا انتقص الحق بفعل المحيل ، في الفترة ما بين وقت صدور الحوالة ووقت إعلانها أو قبولها ، فليس للمحال له إلا الرجوع على المحيل (٣) .

٢٩٨ — المرحلة التى تلى اعمود الحوالة أو قبولها : فاذا ما أعلنت

الحوالة أو قبلت ، فقد رأينا أنها تصبح نافذة في حق المحال عليه وفي حق الغير ، ويصبح المحيل أجنبياً بالنسبة إلى المحال عليه .

ومن ثم لا يستطيع المحيل في هذه المرحلة أن يفعل شيئاً مما كان يستطيع أن يفعله في المرحلة الأولى . لا يستطيع أن يستوفى الحق من المحال عليه ، وإن استوفاه كان الوفاء غير مبرىء للذمة المحال عليه كما قلنا . ولا يستطيع بالأولى

(١) بودرى وسينا فقرة ٨٥٢ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٢٨ .

(٢) ولكن لا يجوز لدائى المحال له أن يوقعوا حجزاً تحفظياً تحت يد المحال عليه ، لأن هذا لا يعتبر قبل الإعلان أو القبول مديناً لديهم .

(٣) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٢٨ ص ٥١٨ — ص ٥١٨ — وقد رأينا فيما قدمناه أن المحال له هو أيضاً يستطيع أن يقوم بإجراءات تحفظية وإجراءات تنفيذية في المرحلة التى نحن بصددنا ، بحيث يكون للحق المحال به صاحبان في وقت واحد .

لإلزام المحال عليه بالوفاء ، كما لا يستطيع أن يقضى الحق بأى سبب من أسباب الانقضاء : لا بالتجديد ولا بالمقاصة (١) ولا باتحاد الذمة ولا بالإبراء ولا بغير ذلك .

كذلك لا يستطيع المحيل أن يتصرف فى الحق المحال به بعد إعلان الحوالة أو قبولها ، لا يبيع ولا يهبه ولا يبرهن ولا بغير ذلك من التصرفات ، فقد أصبح المحال له هو صاحب الحق كما سبق القول . ولا يجوز فى هذه المرحلة لدائى المحيل أن يحجزوا على الحق المحال به تحت يد المحال عليه ، والحجز بعد إعلان الحوالة أو قبولها لا يسرى فى حق المحال له . والذين يستطيعون أن يوقعوا الحجز تحت يد المحال عليه هم دائئو المحال له ، فقد أصبح الحق ملك مدينهم وحده (٢).

الفرع الرابع

علاقة المحال له بالغير

٢٩٩ - **التصرص القانوني** : تنص المادة ٣١٣ من التقنين المدني على ما يأتى :

« إذا تعددت الحوالة بحق واحد ، فضلت الحوالة التى تصبح قبل غيرها نافذة فى حق الغير » .

وتنص المادة ٣١٤ على ما يأتى :

« ١ - إذا وقع تحت المحال عليه حجز قبل أن تصبح الحوالة نافذة فى حق الغير ، كانت الحوالة بالنسبة إلى الحاجز بمثابة حجز آخر » .

(١) وإذا كان الحق المحال به مضافاً إلى أجل ، وكان الأجل فى صالح المحيل ، لم يستطع هذا ، بعد الإعلان أو القبول ، أن ينزل عن الأجل حتى يتمسك بالمقاصة فى دين كان قد حل فى ذمته للمحال عليه . وإذا كان الأجل فى صالح المحال عليه ، لم يستطيع هو أيضاً ، بعد الإعلان أو القبول ، أن ينزل عن الأجل ل يتمسك بالمقاصة (بلانيول وودوان ٧ فقرة ١١٢٨ ص ٥١٨ هامش رقم ٣) .

(٢) بودرى وسينيا فقرة ٨٥٢ — بلانيول وريبير وودوان ٧ فقرة ١١٢٨ ص ٥١٨ .

٢ - وفي هذه الحالة إذا وقع حجز آخر بعد أن أصبحت الحوالة نافذة في حق الغير ، فإن الدين يقسم بين الحاجز المتقدم والمحال له والحاجز المتأخر قسمة غرماء ، على أن يؤخذ من حصة الحاجز المتأخر ما يستكمل به المحال له قيمة الحوالة (١) .

وليس للنص الأول مقابل في التقنين المدني السابق ، ولكن الحكم كان معمولاً به دون نص لانطباقه على القواعد العامة . أما النص الثاني فيجابه في تقنين المرافعات السابق للمادة ٤٩٥/٤٣٣ (٢) .

ويقابل النصان في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادتين ٣١٣ - ٣١٤ ، وفي التقنين المدني الليبي المادتين ٣٠٠ - ٣٠١ ، وفي التقنين المدني العراقي المادتين ٣٧٣ - ٣٧٤ ، وفي تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني المواد ٦٤٧ - ٦٤٩ (٣) .

(١) تاريخ النصوص :

م ٣١٣ : ورد هذا النص في المادة ٤٤٠ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٢٥ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٣١٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٣١ - ١٣٢) .

م ٣١٤ : ورد هذا النص في المادة ٤٤١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٢٦ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٣١٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٣٣ - ١٣٥) .

(٢) تقنين المرافعات السابق م ٤٩٥/٤٣٣ : إذا وقع الحجز على مال المدين عند الغير ، ثم أحال المدين أجنبياً بالزائد له عند المحجوز لديه أو بعضه وأعلنت الحوالة إعلاناً صحيحاً ، ثم ظهر بعد ذلك مدينون آخرون ووقعوا الحجز ، فهؤلاء يتحاصون مع الحاجزين السابقين ومع المحتال بشرط أن ينقص من حصة كل من الحاجزين المتأخرين قدر ما يفي بإتمام مبلغ الحوالة ، كل منهم بحسب ما يخصه بالنسبة لديه . (وهذا الحكم يتفق مع الحكم الوارد في المادة ٣١٤ من التقنين المدني الجديد) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٣١٣ - ٣١٤ (مطابقتان للمادتين ٣١٣ - ٣١٤ من التقنين المدني المصري) .

وقد عرضت هذه النصوص لطائفتين من الغير ، لتقرر لمن يكون التقدم إذا تزامن الحال له مع الغير . وهاتان الطائفتان هما : (١) محال له آخر بنفس الحق المحال به أولاً ، سواء تضمنت الحوالة بيعاً أو هبة أو رهناً أو غير ذلك من التصرفات . (٢) دائن حاجز من جهة المحيل يكون قد حجز على الحق المحال به تحت يد المحال عليه .

وقد رأينا فيما تقدم (١) أن الغير في الحوالة يشمل هاتين الطائفتين ويشمل أيضاً طائفة ثالثة هي دائنو المحيل إذا شمر إفلاسه أو إعساره . ورأينا أن العبرة

= التقنين المدني الليبي م ٢٠٠ — ٢٠١ (مطابقتان للمادتين ٢١٣ — ٢١٤ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٣٧٢ — ٣٧٤ (مطابقتان للمادتين ٢١٣ — ٢١٤ من التقنين المدني المصري) .

تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني م ٦٤٧ : إن المتفرغ من الدين المطلوب للمحبوز عليه يعمل الحجز باطلاً إذا جرى هذا المتفرغ قبل إبلاغ ورقة الحجز إلى الشخص الثالث المحبوز لديه .

م ٦٤٨ : إذا حدث بعد الحجز لدى شخص ثالث ، وقبل كل حكم بإثبات الحجز وكل قرار بمحصر امتياز الحجز ، أن المدينون تفرغ لأحد من الدين المحبوز لدى الشخص الثالث ، فإن المتفرغ يكون باطلاً بهذه الصفة ، بيد أن المتفرغ له يصبح تجاه الحاجز الأول بمنزلة حاجز ثان ، ويشترك معه على نسبة ماله من الدين .

م ٦٤٩ : إذا حدث بعد أول حجز لدى شخص ثالث ، وقبل كل حكم بإثبات الحجز وكل قرار بمحصر امتياز الحجز ، أنه جرى أولاً تفرغ عن الدين ثم حجز ثان ، فإن المتفرغ له يأخذ نصيبه وقت التوزيع مع الحاجز الأول ويكون مقدماً على الحاجز الثاني . ويتم التوزيع على الوجه الآتي : تتحدد أولاً حصة الحاجز الأول بإجراء توزيع نسبي بين ذوي الشأن الثلاثة ، ثم تغطي الزيادة للمتفرغ له بالأفضلية على الحاجز الثاني .

وهذه النصوص تتفق أحكامها مع أحكام التقنين المصري . أنظر مع ذلك الدكتور صبيح عمصاني ، وهو يقول : « إن الفرق واضح في الأحكام ما بين التقنين اللبناني والتقنينات العربية ، فإن أفضلية المحال له بالنسبة للحاجز الثاني محدودة بقيمة الحوالة في هذه القوانين ، على حين أن الأفضلية مطلقة في القانون اللبناني » (انتقال الالتزام في القانون المدني اللبناني ص ٣٩) . ولا ننظر ، مهما تكن الأفضلية مطلقة في التقنين اللبناني ، أن المحال له يحصل في التوزيع على أكثر من قيمة الحوالة ، وهذا هو الحكم أيضاً في التقنينات العربية الأخرى .

(١) أنظر آتياً فقرة ٢٦٤ .

في نفاذ الحوالة في حق هؤلاء الأغيار — أى الطوائف الثلاثة — بالتاريخ الثابت لإعلان الحال عليه بالحوالة أو لقبوله بها .

ولا تقوم صعوبة في تطبيق هذا المبدأ بالنسبة إلى طائفتين من هذه الطوائف الثلاث ، وهما طائفة دائن المحيل للمفلس أو الممسر وطائفة المحال له الثاني . وإنما تقوم الصعوبة في تطبيق المبدأ بالنسبة إلى الدائن المحاجر . فنبحث أولا الطائفتين الأولين ، ثم نفرد بعد ذلك بمبحثا خاصا بالدائن المحاجر .

المبحث الثامن

التزام بين المحال له وبين دائن المحيل للمفلس أو الممسر أو محال له آخر

٣٠٠ — التزام بين المحال له وبين دائن المحيل للمفلس أو الممسر:

إذا صدرت الحوالة من المحيل ، وقبل أن تصبح نافذة في حق الغير بالإعلان أو القبول شهر إفلاس المحيل أو شهر إعساره ، فإن دائن المحيل في هذه الحالة يصبحون من الغير بالنسبة إلى المحال له ، وذلك من وقت صدور الحكم بالإفلاس أو من وقت تسجيل صحيفة دعوى الإعسار .

أما فيما يتعلق بالإفلاس ، فقد نصت المادة ٢١٦ من الترتين التجارى على أن « الحكم بإشهار الإفلاس يوجب بمجرد صدوره رفع يد للمفلس من تاريخ هذا الحكم عن إدارة جميع أمواله ... » . ومن المجمع عليه في الفقه التجارى أن غل يد المفلس من تاريخ صدور الحكم بالإفلاس لا يقتصر فحسب على إدارة الأموال ، بل هو يشمل أيضا ، ومن باب أولى ، التصرف في هذه الأموال (١) . ومن النتائج التي يربتها فقهاء القانون التجارى على هذا المبدأ أنه « إذا اشترط القانون لسريان التصرف على الغير لإتمام إجراءات أو أشكال معينة ، فلا يعتبر التصرف بالنسبة إلى جماعة الدائنين قد كمل إلا إذا تمت الإجراءات أو الأشكال المذكورة قبل صدور حكم الإفلاس . فإذا لم تكن قد

(١) الأستاذ محسن شفيق في الإفلاس فقرة ٢٤٤ من ٣٣٨ .

تمت حتى هذا الوقت ، فلا يجوز إجراؤها بعد ذلك ، ومن ثم لا يحتج بالتصرف على جماعة الدائنين لأنها من الغير (١) . وقطيقاً لهذا المبدأ ، إذا حول الدائن قبل شهر إفلاسه الحق الذي له في ذمة مدينه إلى شخص آخر ، ولم يكن التاريخ الثابت لإعلان هذه الحوالة إلى المدين أو لقبوله إياها سابقاً على تاريخ الحكم بشهر الإفلاس ، فإن دائني المحيل المفلس يعتبرون من الغير بالنسبة إلى هذه الحوالة ، ولما كان تاريخ نفاذها تألياً لصيرورتهم من الغير ، فإن الحوالة لا تنفذ في حقهم . وفي هذه الحالة يبقى الحق المحال به في « روكية » المحيل المفلس تتناوله إجراءات الإفلاس ، ويدخل المحال له ضمن دائني التفضيلة بما له من حق الرجوع على المحيل ، ويقاسم هؤلاء الدائنين قسمة الغرماء (٢) .

(١) الأستاذ محسن شفيق في الإفلاس فقرة ٢٥٥ ص ٣٥٨ . ويشير إلى حكم محكمة الاستئناف المختلطة في ١٢ أبريل سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٢٢٢ .
(٢) ليون كان وريتر ٧ فقرة ٧٠٣ — الأستاذ محسن شفيق في الإفلاس فقرة ٢٥٥ ص ٣٥٩ .

وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الدفع بعدم جواز إعلان الحوالة للمدين المحال عليه بعد إفلاس المحيل لا يجوز اتسكه به إلا من دائني هذا الأخير الذين تتكون منهم جماعة الدائنين (٢٧ مارس ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٨٥ — وانظر أيضاً: استئناف مختلط ٢٤ فبراير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٠٢) . ويقول الأستاذ محسن شفيق في هذا الصدد : « ويسرى ذات الحكم إذا كان الحق بما يتداول بالطرق التجارية ، أي بطريق التسليم إذا كان لحامله ، أو التظهير إذا كان إذنيًا ، أو القيد في دفاتر المحال عليه إذا كان اسمياً ، لأن التسليم أو التظهير أو القيد في الدفاتر يقوم مقام الإجراءات الخاصة بالحوالة المدنية . وعلى هذا الأساس إذا تنازل المفلس عن ورقة تجارية أو مالية لحاملها ، ولم يقع التسليم حتى صدور حكم الإفلاس ، فلا يحتج بالتنازل في مواجهة جماعة الدائنين . وإذا تنازل عن ورقة تجارية أو مالية إذنية ولم قوض صيغة التظهير الناقل للملكية على الورقة حتى صدور حكم الإفلاس ، فلا يجوز وضعها بعد ذلك ، ولا يكون للتنازل إليه أن يحتج بالتظهير في مواجهة جماعة الدائنين ولو كان الصك في حيازته ، ومن هنا تبدو أهمية تاريخ التظهير . ولما كان القانون لا يتطلب أن يكون هذا التاريخ ثابتاً بوجه رسمي ، فقد أراد أن يعرض ذلك بتوقيع العقوبة على الكذب فيه ، وعلى الأخص إذا كان هذا الكذب بتدبيره ، فقص في المادة ١٣٦ تجارى بأن تقديم التواريخ في التحاويل ممنوع ، وإن حصل بعد تزويراً . وإذا تنازل المفلس عن سهم أو سند أسى ، ولم تتم إجراءات التنازل في دفاتر للشركة حتى وقت صدور حكم الإفلاس ، فلا يجوز بعد ذلك إتباعها ، ولا يحتج بالتنازل في مواجهة جماعة الدائنين ، فيكون لها أن تعتبر السهم أو السند لا يزال في ملكية المفلس : استئناف مختلط ١٢ أبريل سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٢٢٢ (الأستاذ محسن شفيق في الإفلاس فقرة ٢٥٥ ص ٣٥٩ — ص ٣٦٠) .

وأما فيما يتعلق بالإعسار، فقد نصت المادة ٣٥٧ مدنى على أنه « متى سجلت صحيفة دعوى الإعسار ، فلا يسرى في حق الدائنين أى تصرف للمدين يكون من شأنه أن ينقص من حقوقه أو يزيد في التزاماته ، كما لا يسرى في حقهم أى وفاء يقوم به المدين » . ومتبين من هذا النص أنه بعد شهر إعسار المدين ، كل تصرف يصدر منه منذ تاريخ تسجيل صحيفة دعوى الإعسار ، ويكون من شأنه أن ينقص من حقوقه كالبيع والهبة والرهن ويدخل في ذلك حوالة الحق على سبيل البيع أو الهبة أو الرهن ، أو يزيد في التزاماته كالقرض ، وأى وفاء يقوم به ولو لدن حال ، يكون غير سار في حق الدائنين ، وذلك دون حاجة إلى إثبات إعسار المدين فهو ثابت بحكم شهر الإعسار ، ودون حاجة إلى إثبات سوء نية المدين أو سوء نية المتصرف إليه ولو كان التصرف معاوضة . وهذه الوقاية تفضل العلاج الذى تقدمه الدعوى البولصية (١) . وكما أن الحوالة التى صدرت بعد تسجيل صحيفة دعوى الإعسار لا تسرى في حق دائنى المعسر إذ يعتبرون من الغير بالنسبة إليها ، كذلك إذا لم تتم الإجراءات اللازمة لجعل الحوالة نافذة في حق الغير قبل تسجيل صحيفة دعوى الإعسار ، فإن الحوالة لا تسرى في حق دائنى المعسر باعتبارهم من الغير . فاذا صدرت الحوالة من المحيل ولو قبل تسجيل صحيفة دعوى الإعسار ، ولكن التاريخ الثابت لإعلانها أو لقبولها لاحق لتسجيل صحيفة دعوى الإعسار ، فإن الحوالة لا تنفذ في حق دائنى المعسر ، ويبقى الحق المحال به داخلا في الضمان العام لجميع الدائنين ، ومنهم المحال بما له من حق الرجوع بالضمان على المحيل ، فيكون أسوة الدائنين الآخرين في التنفيذ على أموال المدين المعسر ، وذلك وفقاً للمادة ٢٥٦ مدنى .

٣٠١ - التزامهم بين محال له ومحال له آخر : رأينا أن المادة ٣١٣

مدنى تنص على أنه « إذا تعددت الحوالة بحق واحد ، فضلت الحوالة التى تصبح قبل غيرها نافذة في حق الغير » . فالمفروض أن المحيل قد حول حقه مرة أولى ، ثم حول نفس الحق مرة أخرى ، سواء كانت الحوالة فى أية مرة من

(١) الوسيط جزء ٢ فقرة ٧٠٨ ص ١٢٣٢ .

المرتبن على سبيل البيع أو الهبة أو الرهن أو غير ذلك ، فتزاحم المحال له الأول مع المحال له الثاني ، فأيهما يقدم على الآخر ؟

يقول النص إن الحوالة التي تصبح قبل غيرها نافذة في حق الغير هي التي تفضل . ولا تنفذ الحوالة في حق الغير ، كما قدمنا ، إلا إذا أعلنت إلى المحال عليه أو إلا إذا قبلها وكان لهذا القبول تاريخ ثابت . فمن المحال لها سبق الآخر إلى إعلان الحوالة للمحال عليه ، أو سبق الآخر إلى الحصول على قبول ذي تاريخ ثابت من المحال عليه للحوالة ، كان هو المقدم (١) . فالعبرة إذن ، عند تزاحم هذين ، في المفاضلة بينهما ، ليس بتاريخ صدور الحوالة ، بل بالتاريخ الثابت لإعلانها أو لقبولها من المحال عليه (٢) .

وقد يقع أن يحول الدائن جزءاً من حقه إلى محال له أول ، والجزء الباقي إلى محال له ثان . فهنا لا يقوم تزاحم بين المحال لها ، إذ كل منهما قد حول بجزء من الحق غير الجزء الذي حول به الآخر . فيرجع كل منهما بالجزء المحول به على المحال عليه ، ويستوفيه منه كاملاً . فلو كان الحق مائة ، وحول كل من المحال لها بخمسين ، رجع كل منهما على المحال عليه بالخمسين التي له دون

(١) ولو كان المحال له الأسبق في التاريخ الثابت قد انتقل إليه الحق المحال به ببيع أو هبة مثلاً ، فإنه يجب للمحال له المتأخر ، سواء كان هذا قد كسب الحق أو اقتصر على رهنه . أما إذا كان المحال له المتقدم لم ينتقل إليه الحق إلا على سبيل الرهن ، وكان المحال له المتأخر قد كسب الحق ببيع أو هبة مثلاً ، فإن المحال له الأول لا يجب للمحال له الثاني إلا في حدود حق الرهن ، فينتقل الحق المحال به إلى المحال له الثاني مثلاً بحق الرهن الثابت للمحال له الأول . فإذا استوفى المحال له الأول الحق المضمون بالرهن من الحق المحال به المرهون ، وبقي شيء من هذا الحق الأخير ، فإن الباقي يؤول إلى المحال له الثاني .

(٢) استئناف مخطوط ٢٠ مارس سنة ١٨٨٩ م ١ ص ١٧٩ — المذكرة الإيضاحية المشروع اتفقيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٢١ — هذا ويشترط في تفصيل صاحب التاريخ الثابت المتقدم أن يكون حسن النية (استئناف مخطوط ٧ مايو سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٠٨ - الوسيط جزء ٢ فقرة ١٢٤ ص ٢٢٢) . وهذا بخلاف التسجيل في شهر الحقوق العينية الأصلية ، فإن الذي يسجل أولاً يفضل على من سجل بعد ذلك ولو كان هذا الأخير قد تلقى التصرف قبل الأول ، ولا يشترط فيمن سجل أولاً ، حتى يفضل ، أن يكون حسن النية . بل إن القضاء المصري قد ذهب في بعض أحكامه إلى تفصيل من سجل أولاً ولو كان متواطئاً مع من صدر منه التصرف (الوسيط جزء ٢ فقرة ٥٨٨ ص ١٠٣٠ هامش رقم ٤) .

تراحم . وإنما يقع التراحم إذا كان المحال عليه مصراً إصصاراً جزئياً ، فاذا فرضنا في المثل المتقدم أنه لم يخلص للمحال لهما من مال المحال عليه إلا خمسون ، فلكل منهما خمسة وعشرون ، إذ لا وجه لتفضيل أحدهما على الآخر في هذه الحالة ، ولو كانت حوالة نافذة في حق الغير قبل نفاذ حوالة الآخر ، لأننا نسنا في مقام تراحم بين حوالتين بحق واحد ، يل في مقام تراحم دائتين لا يستطيعان أن يستوفيا الحق كاملاً فيقسم مال المدين بينهما قسمة غرماء . وقد رأينا أن هذا الحكم ينطبق أيضاً فيما إذا كان المحيل قد حول جزءاً من حقه إلى محال له واستبقى لنفسه الجزء الآخر ، فاذا كان مال المحال عليه لا يفي بحق كل منهما ، قسماً هذا المال بينهما قسمة الغرماء هنا أيضاً ، وهذا ما لم يكن المحيل قد ضمن للمحال له يسار المحال عليه وقت حلول الحق المحال به ، ففي هذه الحالة يتقدم المحال له على المحيل (١) .

على أن من الجائز ، عند تحويل الدائن جزءاً من حقه ، أن يتفق مع المحال له ، وقت الحوالة أو بعدها ، على أن يكون هذا الجزء مقدماً في الاستيفاء على الجزء الباقي ، سواء استبقى هذا الجزء الباقي لنفسه أو حوله إلى محال له آخر . ففي هذه الحالة يسرى الاتفاق على المحيل إذا كان قد استبقى لنفسه الجزء الباقي ، وعلى المحال له الآخر إذا كان قد حول له هذا الجزء الباقي لأنه يكون قد علم — أو من المفروض أنه علم — بأسبعية الجزء المحول أولاً على الجزء الذي حول له أخيراً بالاستعلام عن ذلك من المحال عليه وقت صدور الحوالة له . ومن ثم يتقدم الجزء الأول المحال به في الاستيفاء على الجزء الباقي . أما إذا أراد الدائن أن يجعل الأسبعية للجزء الباقي من الحق فلا بد أن يحتفظ له بهذه الأسبعية عند إجراء حوالة الجزء الأول (٢) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢٨٢ في آخرها .

(٢) أوبرى دور ٥ فقرة ٣٥٩ مكررة ص ١٦٧ — ص ١٦٨ — بوردى وسبينا

المبحث الثاني

التزام بين المحال له والدائن الحاجز

٣٠٢ - **حالات ثلث** : رأينا أن المادة ٣١٤ مدني تنص على أنه :

١ - إذا وقع تحت يد المحال عليه حجز قبل أن تصبح الحوالة نافذة في حق الغير ، كانت الحوالة بالنسبة إلى الحاجز بمثابة حجز آخر ؛ ٢ - وفي هذه الحالة ، إذا وقع حجز آخر بعد أن أصبحت الحوالة نافذة في حق الغير ، فإن الدين يقسم بين الحاجز المتقدم والمحال له والحاجز المتأخر قسمة غرماء ، على أن يؤخذ من حصة الحاجز المتأخر ما يستكمل به المحال له قيمة الحوالة .

ويوحى هذا النص بأنه يجب التمييز بين حالات ثلاث : (١) بعد صيرورة الحوالة نافذة في حق الغير عند أحد دائني الهيل إلى توقيع حجز على الحق المحال به تحت يد المحال عليه ، فقام التزام بين المحال له والدائن الحاجز . (٢) قبل صيرورة الحوالة نافذة في حق الغير بادر أحد دائني الهيل إلى توقيع الحجز على الحق المحال به تحت يد المحال عليه ، فقام التزام بين الدائن الحاجز والمحال له . (٣) قبل صيرورة الحوالة نافذة في حق الغير ، بادر أحد دائني الهيل إلى توقيع الحجز ، ثم بعد صيرورتها نافذة في حق الغير وقع دائن آخر حجزاً ثانياً ، فقام التزام بين الدائن الحاجز الأول والمحال له والدائن الحاجز الثاني . ولكل من هذه الحالات الثلاث حكمها الخاص .

٣٠٣ - **التزام بين المحال له والدائن الحاجز** : نفرض في هذه

الحالة أن الحوالة قد صارت نافذة في حق الغير قبل توقيع الحجز ، بأن استطاع المحال له أن يعلن المحال عليه بها قبل أن يعلنه الدائن بالحجز ، أو استطاع أن يحصل من المحال عليه على قبول ذي تاريخ ثابت سابق على تاريخ إعلان الحجز للمحال عليه .

لم يرد في هذه الحالة نص لوضوحها (١). فن البليهي أن الحوالة وقد نفلت في حق الغير -- أى في حق الدائن الحاجز -- قبل تاريخ إعلان الحجز ، فقد انتقل الحق المحال به من المحيل إلى المحال له بالنسبة إلى الدائن الحاجز قبل توقيع الحجز . فيكون الحجز وقت توقيعه قد وقع على حق غير مملوك للمدين ، فيقع باطلا لانعدام المحل . ومن ثم يتقدم المحال له في هذه الحالة على الدائن الحاجز ، ويستولى أولاً على قيمة حوائثه (٢) . فان كانت الحوالة بكل الحق ، أخذها كله من المحال عليه ، ولا يبقى للدائن الحاجز شيء . وإن كانت الحوالة بجزء من الحق ، استولى المحال له على هذا الجزء كاملاً قبل الدائن الحاجز ، وما يبقى من الحق بعد ذلك يستوفى منه الدائن الحاجز حقه أو بعض حقه بحسب الأحوال (٣) .

٣٠٤ — التزامم بيع الدائن الحاجز والمحال له : نفرض في هذه الحالة أن الدائن الحاجز قد سبق المحال له ، فأعلن الحجز للمحال عليه قبل أن يعلن المحال له الحوالة أو قبل أن يحصل على قبول بها ذى تاريخ ثابت من المحال عليه (٤) .

لا شك في أن الحجز هنا وقع على الحق المحال به في وقت كان هذا الحق في ملك المدين ، فالحجز صحيح منتج لأثره . ولكن الحوالة المتأخرة تعتبر هي نفسها بمثابة حجز متأخر ، فان المحال له دائن بالفيمان للمحيل ، وباعلانه الحوالة أو قبولها من المحال عليه يكون كأنه أوقع بحقه في الضمان حجزاً آخر تحت يد المحال عليه . وهذا ما تنص عليه صراحة الفقرة الأولى من المادة ٣١٤

(١) ورد في تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني نص صريح في هذا المعنى ، هو المادة ٦٤٧ من هذا التقنين (انظر آتقاً فقرة ٢٩٩ في الهامش) .

(٢) استئناف مخطوط ٢٥ يناير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٣٧ — ٢٤ أبريل سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٣٠٣ — ٥ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٠٧ .

(٣) بودرى وسينيا فقرة ٨٥٦ .

(٤) وهذا حتى لو كان حق الدائن الحاجز متأخراً عن صدور الحوالة ، ما دام إعلان الحجز سابقاً على الإعلان أو التاريخ الثابت لقبول .

مدنى ، فهى تقول : « إذا وقع تحت يد المحال عليه حجز قبل أن تصبح الحوالة نافذة فى حق الغير ، كانت الحوالة بالنسبة إلى الحاجز بمثابة حجز آخر (١) » .

ولما كان الحجز المتقدم لا يفضل على الحجز المتأخر ، بل كل من الدائنين الحاجزين يزاحم الآخر ويقسم مال المحيل بينهما قسمة الغرماء ، فإن وجد مال عند المحال عليه بقى بكل من الحجز كاملاً والحوالة كاملة ، أخذ كل منهما جميع حقه . أما إذا ضاق المال الذى للمحيل عند المحال عليه عن ذلك ، فإن هذا المال يقسم بين الحاجز والمحال له قسمة غرماء كما قدمنا . فلو كان حق الحاجز مائتين ، والحوالة بثلاثمائة ، ولم يوجد عند المحال عليه للمحيل إلا أربع مائة ، أخذ الحاجز خمسى هذا المبلغ أى مائة وستين ، وأخذ المحال له ثلاثة الأخماس الباقية أى مائتين وأربعين (٢) .

٣٠٥ - الزام بين الرائى الحاجز الأول والمحال له والرائى

الحاجز الثانى: نفرض فى هذه الحالة أن الحاجز الأول أعلن حجزه قبل صيرورة الحوالة نافذة فى حقه ، ثم صارت الحوالة نافذة فى حق الغير ، وبعد

(١) أما إذا كان الحجز باطلاً، بأن كان لم يعلن أو لم تمقبه دعوى بصحة الحجز ، فلا يعتد به ، وتكون الحوالة نافذة فى حق الحاجز (استئناف مختلط ٢٨ فوفبر سنة ١٩٠٦ ص ١٦) .

(٢) أما إذا كان الدائن الحاجز قد استطاع الحصول على حكم بصحة الحجز قبل إعلان الحوالة أو قبولها ، ولم يقع الإعلان أو القبول إلا بعد انقضاء خمسة عشر يوماً من يوم تقرير المحجوز لديه بما فى ذمته وقلم كتاب المحكمة (م ٥٦١ مرافعات) ، فإن الدائن الحاجز يكون فى هذه الحالة بمثابة محال له سابق ، ويتقدم على المحال له فى استيفاء حقه من الحق المحجوز عليه . ويفهم هذا الحكم من نص المادة ٥٦٧ مرافعات ، إذ تقضى بأنه « يجب على المحجوز لديه بعد خمسة عشر يوماً من تاريخ تقريره (بما فى ذمته) أن يدفع إلى الحاجز المبلغ الذى أقر به أو ما يئى منه بحق الحاجز ، وذلك متى كان حقه وقت الدفع ثابتاً بسند تنفيذى وكانت الإجراءات المنصوص عليها فى المادة ٤٧٤ قد روعيت . فإذا وقع حجز جديد بعد انقضاء الميعاد المذكور ، فلا يكون له أثر إلا فيما زاد على دين الحاجز الأول . وإذا تعدد المحجزون مع عدم كفاية المبلغ لوفاء حقوقهم جميعاً ، وجب على المحجوز لديه إيداع خزانة المحكمة لتقسيمه » (انظر فى هذه المسألة فى القانون الفرنسى بودرى وسيتيا فقرة ٨٥٨) .

ذلك أعلن الحاجز الثاني حجزه . فعدنا إذن حاجز متقدم ، ثم محال له ، ثم حاجز متأخر (١) .

لولا وجود نص صريح في هذه المسألة ، لكان الحكم الذي يتفق مع القواعد العامة هو على الوجه الآتي : لا محل للاعتداد بالحجز المتأخر ، فإن الحجز الذي يتأخر عن الحوالة يكون باطلا لانعدام محله . ولا محل إذن للقول بمزاحة الحاجز الثاني للحاجز الأول باعتبار أن كلا منهما دائن حاجز ، فقبل القول بهذه المزاحة يجب أن يكون كل من الحجزين قد وقع صحيحاً . وهنا قد وقع الحجز الثاني باطلا ، فلا محل للقول بالتزام بين حجز صحيح وحجز باطل . ويترتب على ذلك أنه يجب استبعاد الحاجز المتأخر إذا كانت الحوالة المتقدمة عليه حوالة بكل الحق ، ثم يقسم هذا الحق بين الحاجز المتقدم والمحال له قسمة غرماء ، كما فعلنا في الحالة الثانية (٢) .

ولكن التقنين المدني الجديد أراد أن يحتفظ بالحل الذي كان منصوباً عليه في تقنين المرافعات السابق (٣) ، توخياً لاستقرار التعامل في مسألة حسم التردد والاضطراب فيها بنص تشريعي في العهد السابق . فنصت الفقرة الثانية من المادة ٣١٤ مدني على أن الدين يقسم بين الحاجز المتقدم والمحال له والحاجز المتأخر قسمة غرماء ، على أن يؤخذ من حصة الحاجز المتأخر ما يستكمل به المحال له قيمة الحوالة .

فاذا فرضنا أن الحق الذي للمحيل في ذمة المحال عليه هو تسعة ، وكان حق الحاجز المتقدم ثلثاته ، وحق المحال له سبعمائة أى أن المحال له حول بجزء

(١) وغنى عن البيان أن الحوالة إذا تأخرت عن الحجز الثاني ، فترام الدائن الحاجز الأول والدائن الحاجز الثاني والمحال له بهذا الترتيب ، اعتبرت الحوالة بمثابة حجز ثالث ، وقسم الحق المحجوز حل الجميع قسمة غرماء .

(٢) انظر في هذا المعنى بلانيول وريير وردوان ٧ فقرة ١١٣٠ ص ٥٢٤ — بلانيول وريير وبولانجي ٢ فقرة ١٧٢٩ — وقارن بودي وسينيا فقرة ٨٦٠ ص ٨٩١ — ص ٨٩٢ .

(٣) الموجز للمؤلف فقرة ٥٢٧ ص ٥٤٧ — ص ٥٤٨ — المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيلي في مجموعة الأعمال التفسيرية ٣ ص ١٣٤ .

من الحق ، وحق الحاجز المتأخر ثلثاته ، فإنا أولاً نقسم الحق وقيمته تسعة بين الثلاثة قسمة غرماء ، فينال الحاجز المتقدم ٢٢٥ ، والمحال له ٤٥٠ ، والحاجز المتأخر ٢٢٥ ، ثم تستكمل حصة المحال له إلى ٦٠٠ من حصة الحاجز المتأخر حتى يستوفى قيمة الحوالة كلها ، فنزل حصة الحاجز المتأخر إلى ٧٥ . وتكون حصص الثلاثة نهائياً على الوجه الآتي : للحاجز المتقدم ٢٢٥ ، والمحال له ٦٠٠ ، والحاجز المتأخر ٧٥ .

والعلة في هذا الحكم المنصوص عليه أن المشرع أراد أن يجعل الحاجز المتأخر يزاحم الحاجز المتقدم إذ لا محل لتفضيل أحدهما على الآخر ، وأراد في الوقت ذاته ألا يأخذ الحاجز المتأخر شيئاً قبل أن يستوفى المحال له كل حقه لأن الحوالة المتقدمة تجبُّ للحجز المتأخر ، فأدى تطبيق هاتين الفكرتين معاً - مزاحمة الحاجز المتأخر للحاجز المتقدم وجبُّ الحوالة المتقدمة للحجز المتأخر - إلى هذا الحل التشريعي . والخطأ في هذا الحل واضح ، فقد كان ينبغي ألا يزاحم الحاجز المتأخر وحجزه باطل الحاجز المتقدم وحجزه وحده هو الصحيح ، وكان الواجب أن المحال له وحده هو الذي يزاحم الحاجز المتقدم (١) .

(١) ولا يقال إن هذا الحل التشريعي يستقيم إذا كانت الحوالة بكل الحق ، فتجبُّ الحوالة للحجز المتأخر ولا يأخذ الحاجز المتأخر شيئاً . فلا يزال الحاجز المتأخر - وحجزه باطل - يزاحم الحاجز المتقدم . وهذه المزاحمة غير الحق من شأنها أن تنقص حصة الحاجز المتقدم من جهة ، وأن تزيد في حصة المحال له من جهة أخرى . فلي المثل الذي أوردناه ، لو كانت الحوالة بكل الحق أي بتسمة ، فإن حصة الحاجز المتقدم على أساس القادتين الثلاثة تكون ١٨٠ . وتحدد حصة كل من المحال له والحاجز المتأخر ميدئياً على أساس هذا التزام ، فتكون حصة المحال له ٥٤٠ ، وحصة الحاجز المتأخر ١٨٠ . ثم تستكمل حصة المحال له من حصة الحاجز المتأخر حتى يستوفى المحال له قيمة الحوالة ، فيستغرق ذلك حصة الحاجز المتأخر كلها دون أن يصل المحال له إلى استيفاء كل القمية ، وتصبح حصة المحال له نهائياً ٧٢٠ ، ولا يأخذ الحاجز المتأخر شيئاً . هذا هو الحل التشريعي ، وهو لا يزال صحيحاً للحاجز المتقدم ومحاوياً للمحال له ، إذ ينبغي بعد استبعاد الحاجز المتأخر لبطان حجزه ، ألا يزاحم الحاجز المتقدم غير المحال له . فيأخذ الحاجز المتقدم ٢٢٥ بدلاً من ١٨٠ ، ويأخذ المحال له ٦٧٥ بدلاً من ٧٢٠ .

وإذا كان ينبغي ألا يضار المحال له بالحجز المتأخر وهو حجز باطل ، فلا يزاحم مع الحاجز المتقدم الحاجز المتأخر لتزول حصته إلى ٥٤٠ ، فإنه ينبغي أيضاً ألا يحايي المحال له بسبب هذا الحجز الباطل ، فيزاحم الحاجز المتأخر الحاجز المتقدم وينقص من حصته ما يضيفه إلى المحال له فترتفع هذه الحصة إلى ٧٢٠ . فالمحال له إذا نزلت حصته إلى ٥٤٠ يكون قد خسر دون حق =

ومهما يكن من أمر ، فإن هذا الحل التشريعي أقل عيباً من حل آخر صاد
الفقه والقضاء في فرنسا (١) ، ويقضى بأن الحاجز المتقدم يزاحمه كل من المحال له
والحاجز المتأخر كما في الحل الأول . ثم تحدد حصة المحال له على أساس ألا يزاحمه
إلا الحاجز المتقدم إذ الحجز المتأخر لا يزاحم الحوالة المتقدمة ، وما يتبقى بعد
ذلك يأخذه الحاجز المتأخر . فلو أن الحق الذى للمحيل في ذمة المحال عليه هو
تسعة حوله كله إلى محال له ، وتقدم الحوالة حجز بثلاثة ، وتأخر عنها حجز
بثلاثة أخرى ، فإن حصة الحاجز المتقدم تحدد على أساس تزاحم الدائنين الثلاثة ،
فتكون ١٨٠ . ثم تحدد حصة المحال له على أساس تزاحمه مع الحاجز المتقدم
وحده ، فتكون ٦٧٥ . وما يتبقى بعد ذلك يعطى للحاجز المتأخر ، فتكون حصته
٤٥ (٢) . ويجمع هذا الحل بين عيب الحل الأول يجعله الحجز المتأخر وهو باطل

سبب حجز باطل ، وإذا ارتفعت حصة إلى ٧٢٠ يكون قد كسب دون حق بسبب هذا الحجز الباطل .
والواجب هو ألا يخسر ولا يكسب ، فتكون حصته ٦٧٥ ، لا تنزل إلى ٥٤٠ ، ولا ترتفع إلى ٧٢٠ .
(١) هيكل ٢ فقرة ٤٠١ — بودرى وسينيا فقرة ٨٦١ — كولان وكايتان ٢ فقرة
٦٣٢ ص ٤٣٠ — ص ٤٣١ — وانظر القضاء الفرنسى في بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة
١١٣٠ . ولم يتضمن التشريع الفرنسى حلاً تشريعياً لهذه المسألة ، كما تضمن التشريع المصرى .
(٢) وقد يتفق هذا الحل مع الحل الأول فى النتائج النهائية ، إذا كان المحال له قد حول
بجزء من الحق يستطيع أن يستوفيه بالرغم من مزاحمة الحاجز المتقدم له ، كما هو الأمر فى المثال
الذى فرضناه فى إفصاح الحل الأول . وقد جاء فى الموجز فى هذا الصدد ما يأتى : « ويمكن أن
نصور فرضاً يتفق فيه الحلان — الحل المأخوذ به فى فرنسا والحل الذى أخذ به المشرع المصرى —
فى النتيجة العملية على ما بينهما من خلاف ، ويمكن فى ذلك أن نجعل المحال له يستوفى كل حقه
دون حاجة إلى أن يستكمل هذا الحق من نصيب الحاجز الثانى ، فيكون نصيب المحال له واحداً
فى الحلين ، ولما كان نصيب الحاجز الأول واحداً فى الحلين أيضاً ، فيتحدد نصيب الحاجز الثانى
كذلك . ونوضح ذلك بمثال : نجعل فى ذمة المدين ستمائة ، ونوقع حجزاً أولاً بمبلغ ثلثمائة ، ثم
حوالة بمبلغ ثلثمائة ، ثم حجزاً ثانياً بمبلغ ثلثمائة ، فالحل الفرنسى يقضى بأن المحال له يزاحم
ولا يزاحم ، فيأخذ كل حقه وهو ثلثمائة ، ثم يأخذ الحاجز الأول مائتين على اعتبار أن الثلثة
قسموا المبلغ فيما بينهم قسمة الغرماء ، ويأخذ الحاجز الثانى الباقي وهو مائة . وهذه هى النتيجة
التي يؤدى إليها الحل المصرى ، فهو يقضى بإعطاء الحاجز الأول مائتين على اعتبار قسمة الغرماء ،
ثم يكل المائتين التين تصيبان المحال له من قسمة الغرماء حتى يستوفى كل حقه فيأخذ ثلثمائة ،
ويأخذ الحاجز الثانى الباقي وهو مائة . هذا ويلاحظ أن المثال المتقدم هو الذى ينطبق على حرفية
المادتين ٤٣٣/٤٩٥ من قانون المرافعات ، وقد جاء فيها : « ثم أحال المدين أجنبياً بالزائد له
هذه المحجوز لديه ، فكان المشرع المصرى أراد الوصول إلى النتيجة العملية المأخوذ بها فى فرنسا
ولكن من طريق آخر » (الموجز المؤلف فقرة ٢٧ ص ٤٨٨ هاشم رقم ١)

يزاحم الحجز المتقدم وهو وحده الحجز الصحيح ، وبين عيب آخر إذ يجعل للحجز المتأخر حصة مع الحوالة المتقدمة وينبغي ألا يأخذ الحاجز المتأخر شيئاً حتى يستوفى المحال له كل حوالته (١) .

-
- (١) وهناك حلول قهية أخرى كثيرة لهذه المسألة المعروفة ، نذكر منها ما يأتي :
- ١ — نفرض أن الحق المحال به هو ٣٠٠ ، وقد توسطت الحوالة حيزين قيمة كل منهما ١٥٠ . فيقسم الحق المحال به بين الحاجز الأول والمحال له قسمة غرماء ، فيصيب الأول ١٠٠ ، ويصيب الثاني ٢٠٠ . ثم يقسم ما يصيب الحاجز الأول — وهو ١٠٠ — بينه وبين الحاجز الثاني قسمة غرماء ، فيصيب كلاهما ٥٠ . وعيب هذا الحل أنه يجعل الحاجز الأول مسئولية تأخر الحاجز الثاني في الحجز ، ولا يجعل الحوالة المتقدمة تجب الحجز المتأخر .
- ٢ — يقسم المبلغ قسمة أول ، كما في الحل الأول ، بين الحاجز الأول والمحال له ، فيصيب الأول ١٠٠ ، ويصيب الثاني ٢٠٠ . ثم يقسم ، كما في الحل الأول أيضاً ، ما يصيب الحاجز الأول — وهو ١٠٠ — بينه وبين الحاجز الثاني فيصيب كلاهما ٥٠ . ثم يرجع الحاجز الأول حل المحال له بالخمس التي نقصت من جراء مزاحمة الحاجز الثاني له ، فتكون الأنصبة في النهاية : ١٠٠ للحاجز الأول و ١٥٠ للمحال له و ٥٠ للحاجز الثاني . وعيب هذا الحل أنه يجعل المحال له مسئولية تأخر الحاجز الثاني في الحجز ، ثم لا يجعل الحوالة المتقدمة تجب الحجز المتأخر .
- ٣ — يقسم المبلغ بين الثلاثة جميعاً قسمة غرماء ، فيصيب الحاجز الأول ٧٥ ، ويصيب المحال له ١٥٠ ، ويصيب الحاجز الثاني ٧٥ . وعيب هذا الحل أنه يجعل الحجز الثاني الباطل يزاحم الحجز الأول الصحيح ، ثم لا يجعل الحوالة المتقدمة تجب الحجز المتأخر .
- (انظر في هذه الحلول المختلفة : أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٩ مكررة ص ١٥٨ هامش رقم ٤٤ — بودري وسيثيا فقرة ٨٥٩ — فقرة ٨٦١ — أنسيكلويدى دالوز ١ لفظ cession de créance فقرة ٧١٣ — فقرة ٧١٨ — الأستاذ أحمد نجيب اللحلل في البيع فقرة ٦٤٩ — الموجز للمؤلف فقرة ٥٢٧) .

الباب الثاني

حوالة الدين^(*)

(Cession de dette)

٣٠٦ — أطراف حوالة الدين : في حوالة الدين ، يتفق المدين مع أجنبي

على أن يتحمل عنه الدين الذي في ذمته للدائن ، فيحل الأجنبي محل المدين في هذا الدين نفسه بجميع مقوماته وخصائصه وضمائنه ودفعه . وقد رأينا في حوالة الحق أن الدائن هو الذي يتفق مع أجنبي على أن يحول له الحق الذي في ذمة المدين ، فيحل الأجنبي محل الدائن في هذا الحق نفسه .

وفي حوالة الدين يسمى المدين محيلا (cédant) ، لأنه يحيل على الأجنبي الدين الذي في ذمته . أما المحيل في حوالة الحق فهو الدائن .

(٥) مراجع : سأل في نظرية الالتزام في مشروع التقنين المدني الألماني (فقرات ٨١ و ١٠٥ وما بعدها) — سأل في حوالة الدين (مقال في حريات القانون التجاري سنة ١٨٩٠) — التقنين المدني الألماني مع التعليقات الجزء الأول ص ٥٩٨ — ص ٦٢٣ — جوديه (Gaudemet) بحث في حوالة الدين كاستخلاف خاص رسالة من ديجون سنة ١٨٩٨ — بزيه (Bearey) في حوالة الدين رسالة من جنيف سنة ١٩١٠ — الأستاذان شيرون (Chéron) ومحمد صادق فهمي في حوالة الدين في التشريعات الأوروبية وفي الشريعة الإسلامية (مقال في مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩٢١ ص ٣٧ — ص ٦٦ و ص ١٣٧ — ص ١٩٠) — بودري وبارد ٣ فقرة ١٧٥٨ وما بعدها — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٤١ وما بعدها — دي بلج ٣ فقرة ٢٨٤ — فقرة ٣٨٨ — بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ١٣١٢ — فقرة ١٣١٦ — كولان وكايتان ودي لامورانديير ٢ فقرة ٦٤٢ — فقرة ٦٤٦ — جوسران ٢ فقرة ٨٢٧ — فقرة ٨٣١ — أنسيكلويدى دالوز لفظ Cession de dette . الأستاذ عبد الحى حجازي ٢ ص ٢٦٨ — ص ٢٨٨ — الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ٢٢٢ — فقرة ٢٣٩ (ص ٢٢٣ — ص ٢٢٩) — الموجز المؤلف فقرة ٥٢٨ فقرة ٥٢٢ (ص ٥٤٩ — ص ٥٥١) — الأستاذ أحمد حشمت أبو سبيت فقرة ٧٤٠ — فقرة ٧٤٢ (ص ٥٦٠ — ص ٥٦٣) .

ويسمى الأجنبي محالاً عليه (cessionnaire) ، لأن المدين أحال عليه الدين .
والمحال عليه في حوالة الحق هو المدين .

ويسمى الدائن محالاً (cédé) ، لأن المدين أحاله على الأجنبي . والمحال -
أو المحال له - في حوالة الحق هو الأجنبي .

على أن التقنين المدين لم يستعمل من هذه المصطلحات في حوالة الدين
إلا المصطلح الخاص بالأجنبي الذي يتحمل الدين عن المدين الأصلي ، فأسماء
المحال عليه . واستبقى لكل من الدائن والمدين الأصلي اسميهما . فأطراف الحوالة
إذن هم المدين الأصلي والمحال عليه والدائن . وستتابع التقنين فيما فعل ، حتى
لا تنحرف عن نصوصه .

ويصح أن تتم حوالة المدين - بل هذا هو الأصل فيها - باتفاق بين الدائن
والمحال عليه دون تدخل المدين الأصلي ، فيتفق الدائن مع أجنبي على أن يتحمل
هذا الأجنبي الدين عن المدين الأصلي ، وتبرأ ذمة المدين الأصلي دون حاجة
إلى رضاه . وسنعود إلى كل ذلك فيما يلي :

٣٠٧ - الأغراض المختلفة التي تفي بها حوالة الدين : وحوالة

الدين ، كما لحوالة الحق ، أغراض مختلفة تفي بها . ونذكر من هذه الأغراض
ما يأتي :

(١) يحدث كثيراً أن شخصاً يكون طرفاً في عقد ملزم للجانبين ، إيجار
أو وكالة أو مقالة أو عقد أو توريد أو غير ذلك ، ويكون في حاجة إلى أن
ينزل إلى الغير عن هذا العقد بما أكسبه من حقوق وما رتب في ذمته من
التزامات . يريد المؤجر مثلاً أن ينزل عن عقد الإيجار ، بعد أن باع العين
المؤجرة ، إلى المشتري ، فيقتضيه الأمر أن ينزل للمشتري عن حقوقه وعن
التزاماته الناشئة من عقد الإيجار . يتفق الوكيل مع آخر على أن يقوم بعقد
الوكالة نيابة عنه ، فيقتضيه الأمر أن ينزل له عن حقوقه والتزاماته الناشئة
من عقد الوكالة . وكذلك يريد المقاول أن ينزل عن عقد المقولة للمقاول من
الباطن بما له من حقوق وما عليه من التزامات . والمتعهد بالتوريد ينزل إلى مورد
من الباطن عن عقد التوريد بما أنشأه من حقوق والتزامات . في جميع هذه
القروض يتيسر النزول عن الحقوق عن طريق حوالة الحق . وينبغي أن يتيسر

أيضاً النزول عن الالتزامات عن طريق حوالة الدين . فإذا لم يفتح باب حوالة الدين للوفاء بهذا الغرض ، كان هذا حجر عثرة في طريق ما تقتضيه حاجات التعامل من مرونة (١) .

(٢) ومثل ذلك أيضاً أن تنتقل عين من شخص إلى آخر ويتصل بالعين التزام يجب أن ينتقل معها وفقاً لقواعد الخلافة الخاصة ، كما في المنزل المؤمن عليه من الحريق ينتقل من البائع إلى المشتري وتنتقل معه التزامات البائع نحو شركة التأمين . فيجب إذن أن تكون حوالة الدين مباحة من منظمة حتى تيسر الوفاء بهذا الغرض .

(٣) وقد تتصل الالتزامات بمجموع من المال ، كتجر أو حصة في إرث ، فانتقال هذا المجموع من المال من شخص إلى آخر يقتضي أن تنتقل الالتزامات ، كما تنتقل الحقوق ، من المالك الأصلي إلى المالك الجديد . ولا يتيسر ذلك إلا عن طريق حوالة الدين ، فيجب أن تباح هذه الحوالة وأن تنظم (٢) .

(٤) وقد يتصل التزام بالعين أوثق الاتصال ، فيكون من المرغوب فيه أن ينتقل هذا الالتزام مع العين ، لا وفقاً لقواعد الخلف الخاص إذ هي ليست منطوقة ، بل مطاوعة لاعتبارات عملية . والمثل البارز لذلك هو بيع العين المرهونة ، فإذا كان هناك عقار مرهون رهناً رهنياً ، وباعه صاحبه ، فإن العقار ينتقل إلى المشتري مثلاً بحق الرهن ، ويصبح المشتري مسئولاً مسئولية عينية عن الدين المضمون بالرهن دون أن يكون مسئولاً مسئولية شخصية عن هذا الدين الذي لم ينتقل إليه . ويبقى بائع العقار هو المسئول شخصياً عن الدين ، مع أن العقار الضامن لهذا الدين قد خرج من ملكه . فيكون من المرغوب فيه أن ينتقل الدين أيضاً مع العقار المرهون من البائع إلى المشتري ، ولا يتيسر ذلك إلا عن طريق حوالة الدين . وقد أفرد التقنين المدني الجديد نصاً خاصاً ، هو المادة ٣٢٢ مدني ، لهذه المسألة لأهميتها العملية .

(١) بلانيول وبيرر ودوان ٧قرة ١١٤٧ مكررة — دي باج ٣قرة ٣٨٨ .

(٢) دي باج ٣قرة ٣٨٨ ص ٣٦٠ .

(٥) وقد يقع أخيراً أن المدين لا يجد عنده مالا يفي بدينه ، ويكون لدائته فائز . فينتق مع دائته على أن يحل محله في الدين الذي في ذمته لدائن الدائن ، ويكون هذا الحلول بمثابة وفاء لدينه هو نحو دائته . ولا يتيسر ذلك إلا عن طريق حوالة الدين . فإذا فرض مثلاً أن (أ) مدين بمائتين للدائن (ب) أخذها منه قرضاً ، وأن (ب) مدين بمائتين هو أيضاً للدائن (ج) التزم بها ثمناً لمبيع اشتراه منه ، فإن (أ) يستطيع أن يتحمل ، عن طريق حوالة الدين ، بالدين الذي للدائن (ج) على (ب) ، وفاء للدين الذي في ذمته لدائته (ب) . وقد يقال إن (ب) يستطيع أن يحول حقه قبل (أ) إلى دائته (ج) ، فيصل عن طريق حوالة الحق إلى ما يريد أن يصل إليه عن طريق حوالة الدين . ولكن حوالة الحق ، في هذا المثال ، غير حوالة الدين . فإن (ج) قد لا يرضى بتحويل مبلغ القرض إليه وفاء بضمن المبيع ، ويرضى بأن يحل (أ) محل (ب) مدينياً بضمن المبيع ، إذ يحفظ عن طريق حوالة الدين بامتياز البائع ولا يحفظ بهذا الامتياز عن طريق حوالة الحق (١) .

٣٠٨ — حوالة المدين نظام استمره التقنين المديني الجديد —

انظم المديني التي كانت تقوم مقامه : ولم يكن التقنين المديني السابق ، كما قدمنا ، يعرف حوالة الدين ، وكان لا يعرف إلا حوالة الحق ، شأنه في ذلك شأن التقنينات اللاتينية القديمة كالتقنين المديني الفرنسي .

وكان التقنين السابق ، كالتقنين الفرنسي ، يسد هذا النقص عن طريق التجديد بتغيير المدين ، وعن طريق الإنابة في الوفاء ، وعن طريق الاشتراط لمصلحة الغير . ولكن هذه الطرق ليس فيها غناء عن حوالة الدين ، فقد بينا الفروق الجوهرية ما بين حوالة الدين من جهة والتجديد بتغيير المدين (٢) والإنابة في الوفاء (٣) من جهة أخرى . أما الاشتراط لمصلحة الغير ، فينبه

(١) بلانيول وريبير وبولانيه ٢ فقرة ١٣١٤ — وانظر في أن حوالة الدين تهدر شخص

المدين ولا تمتد إلا بالقيمة المادية للالتزام كولان وكايتان ٢ فقرة ٦٤٤ .

(٢) انظر آنفا فقرة ٢٤٢ .

(٣) انظر آنفا فقرة ٢٤٣ .

هو أيضاً وبين حوالة الدين فروق جوهرية . وذلك أن المدين إذا اشترط على شخص آخر أن يني بدينه للدائن ، فيكسب الدائن من وراء هذا الاشتراط حقاً مباشراً قبل المتعهد أن يوفى له الدين ، فلا يزال المدين الأصلي ملزماً هو أيضاً بالدين ولم تبرأ ذمته منه ، بل انضم إليه مدين جديد بموجب الاشتراط لمصلحة الدائن . هذا إلى أن الدين نفسه ، بصفاته وضمائنه ودفعه ، لم ينتقل من مدين إلى مدين ، بل وجد إلى جانب الدين الأصلي دين جديد بصفات وضمائنه ودفعه مستقلة (١) .

وفيما عدا حالات خاصة نص عليها ، كحلول المشتري للعين المؤجرة محل المؤجر في التزاماته نحو المستأجر وكحلول المتنازل عن الإيجار محل المستأجر (٢) ، أو قامت بها نظريات قهية كحلول الخلف الخاص محل السلف في الالتزامات

(١) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٤٥ — دي بلاج ٣ فقرة ٢٨٧ ص ٢٥٨ — الأستاذ عبد الحى حجازي ٣ ص ٢٧١ — ص ٢٧٢ — وقد جاء في الموجز في هذا المعنى ما يأتي : « ... فيتولد من هذا الاشتراط حق مباشر للدائن قبل المدين الجديد ، وبذلك يتحقق غرض من الغرضين اللذين تحققهما حوالة المدين . أما الغرض الآخر ، وهو برائة ذمة المدين القديم ، فلا يتحقق من وراء الاشتراط لمصلحة الدائن ، لأن المدين القديم يبقى ملتزماً قبل الدائن ما لم يبرئه الدائن باتفاق آخر . حل أن الغرض الأول ، وهو إلزام المدين الجديد مباشرة نحو الدائن ، لا يتحقق في الاشتراط لمصلحة الغير حل التحول الذي يتحقق به في حوالة الدين . وذلك لأن حوالة الدين تنقل إلى ذمة المدين الجديد نفس الدين الذي كان في ذمة المدين القديم بتأنيته ودفعه كما قلنا . أما الاشتراط لمصلحة الغير فيوجد في ذمة المدين الجديد ديناً جديداً مستقلاً عن الدين القديم في التأمينات والدفع » (الموجز لمؤلف فقرة ٥٣٠) .

والحالات السلية التي كان الاشتراط لمصلحة الغير يستخدم فيها ليقوم مقام حوالة الدين كثيرة . منها حلول شركة محل أخرى عند التصفية ، فتصبح الشركة الأولى ملزمة نحو دائي الشركة الأخرى بموجب الاشتراط لمصلحتهم ، ولغولاء أن يرجعوا مباشرة على الشركة الأولى . وكذلك الأمر عندما محل شركة تأمين محل شركة تأمين أخرى . فيرجع المؤمن لم عند الشركة الأخرى مباشرة على شركة التأمين الأولى . ويبيع المتجر يحمل دائنيه ، بموجب الاشتراط لمصلحتهم ، يرجعون مباشرة على مشتريه . ويبيع العقار المرهون في دين يحمل الدائن المرتهن ، بفضل الاشتراط لمصلحته ، يرجع مباشرة بهن شخصي ، لا بالرهن فحسب ، حل مشتري العقار (انظر في ذلك بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٤٦) .

(٢) انظر المادة ٤٧٤/٢٨٩ مدني سابق فيما يتعلق بحلول المشتري محل المؤجر والمادة ٤٥١/٣٦٨ مدني سابق فيما يتعلق بحلول المتنازل له عن الإيجار محل المستأجر .

المتعلقة بالعين التي انتقلت إليه (١)، فإن طريق حوالة الدين كان مسدوداً . وقد حاول كثير من الفقهاء في فرنسا أن يفتحوا هذا الطريق ، بالرغم من سكوت التشريع ، متوسلين في ذلك بمبدأ سلطان الإرادة ، فيجوز لنوي الشأن أن يتفقوا على حوالة الدين ويكون اتفاقهم ملزماً متبجاً لآثاره ما دام لا يخالف النظام العام أو الآداب (٢) ، ولكن محاولاتهم لم تحقق الغرض المنشود .

لذلك كان تنظيم التقنين المدني المصري الجديد لحوالة الدين تنظيمياً تشريعياً خطوة موفقة سدت ثغرة كان من الضروري سدّها من الناحية العملية . وقد استمد التقنين الجديد قواعد هذا التنظيم من التقنينات الجرمانية (٣) ومن الفقه

(١) وقد قرر التقنين المدني الجديد هذا الحكم في نص تشريعي هو المادة ١٤٦ .
(٢) وقد ذهب بودرى وبارد إلى إمكان الاتفاق على حوالة الدين في القانون الفرنسي ، فإن هذا القانون إذا كان لم ينظم حوالة الدين ، فهو يحكم مبدأ سلطان الإرادة لم يقفل الباب دونها . ولا ينبغي أن يحول التقنين دون تطور النظم القانونية واستكمال ما يكون ناقصاً في التقنين ، وهذا هو عمل الفقه . ثم يوردان مثل التقنين المدني النمساوي ، فإن هذا التقنين ، كالتقنين المدني الفرنسي ، لم ينظم حوالة الدين . ومع ذلك لم يمنع سكوته عن هذا التنظيم من أن تكون حوالة الدين ممحولة بها في النمسا بالقدر الذي أقره التقنين المدني الألماني ذاته (بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٦٦ ص ٩٣ — ص ٩٤) . ويشير جورسان إلى كثير من النظم التي أدخلها العمل في القانون قبل أن يتولى المشرع تنظيمها ، كمقدود التأمين والمؤسسات وعقد النشر . فلا شيء يمنع إذن من إدخال نظام حوالة الدين ، أسوة بهذه النظم (جورسان ٢ فقرة ٨٣٠ ص ٤٤٩ — ص ٤٥٠ — فقرة ٨٣١) . أنظر أيضاً في هذا المعنى : سالي في الالتزامات فقرة ٨٣ — وفي حوالة الدين ص ٣٩ — جوديه ص ٣٠٤ و ص ٥٣٨ — بلانيول وديبير وردوان ٧ فقرة ١١٤٧ — دي باج ٣ فقرة ٢٨٦ — أنسيكلويدى دالوز ١ لفظ *cession de dette* فقرة ٤٣ — فقرة ٤٧ — الموجز للمؤلف فقرة ٥٣٠ ص ٥٥١ .

حل أنه قد لا يتيسر في بعض الحالات أن ينتقل ، بمجرد الاتفاق ودون حكم القانون ، الدين بصفة لصيقة به من المدين الأصل إلى مدين جديد . فالدين التجاري يصعب نقله بصفة التجارية إلى المدين الجديد ليكون من اختصاص القضاء التجاري ، فإن الاختصاص النوعي يعتبر من النظام العام (أنظر في هذا المعنى الأستاذين شيرون وعبد صادق في مقال المنشور بمجلة مصر المعاصرة سنة ١٩٣١ ص ٣٨) . كذلك إذا كان هناك حكم صادر ضد المدين الأصل ، فإنه يصعب ، في نقل الدين إلى المدين الجديد ، أن ينتقل مع الحكم ليكون نافذاً ضد هذا المدين الأخير .

(٣) رأينا فيما قد سناه (أنظر آنفاً فقرة ٢٣٩) أن التقنينات الجرمانية هي التي سارت في تطور الحوالة إلى نهاية الطريق ، فأقرت حوالة الدين إقرارها لحوالة الحق . وكان القانون —

— الروماني — ولم يكن يقر كما رأينا انتقال الالتزام من دائن إلى دائن أو من مدين إلى مدين — هو العقبة التي أعاقت وقتاً طويلاً المفنى في هذا التطور ، سواء في البلاد اللاتينية أو في البلاد الجرمانية . وكان التطور قد بلغ في البلاد اللاتينية حد إقرار حوالة الحق دون حوالة الدين . ثم ظهر التقنين المدني القرونى فوقف من هذا التطور ، إذ نظم حوالة الحق دون أن ينظم حوالة الدين . وبقيت التقنينات اللاتينية التي أتت من التقنين المدني القرونى ، ومعها التقنين المدني للمصرى السابق ، يشوبها هذا النقص ، فهي مثله تنظم حوالة الحق دون حوالة الدين . أما في ألمانيا — ولم يظهر التقنين المدني الألماني إلا في آخر القرن التاسع عشر ومستهل القرن العشرين — فقد استمرت حركة التطور طوال القرن التاسع عشر . وإذا كان قد قاومها في بداية الأمر الفقهاء الألمان الذين يشايحون القانون الروماني ، من أمثال ميلها نبريك (Mulhenbrich) وسافيني ، فإنها ما لبثت ، منذ النصف الثاني من القرن التاسع عشر ، أن تغلبت على هذه العقبة التي أقامتها مبادئ القانون الروماني دون إقرار حوالة الدين . وقد تعاقب على هذا العمل الفقهاء عدة من الفقهاء الألمان المعروفين :

فبدأ دلبريك (Delbrück) ، الأستاذ بجامعة برلين ، بنشر كتاب في سنة ١٨٥٣ حاول فيه أن يوفق بين الفكرة الرومانية وإمكان الحوالة . فبرز بين الالتزام ، حقاً كان أو ديناً ، وهو رابطة شخصية لا يمكن أن تنتقل من شخص إلى آخر وهذا ما عناه القانون الروماني ، وبين ما ينتج عن الالتزام من قيم مادية (produits économiques) ، فهذه من ناحيتها الإيجابية والسلبية يمكن أن تنتقل من ذمة مالية إلى ذمة مالية أخرى . وقد أحدثت نظرية دلبريك حركة فقهية قوية في ألمانيا ، واطرأ الفقهاء على التمييز الذي يقول به فلا فرق بين الالتزام وبين قيمته المادية ، ولكنهم انقسموا فيما إذا كان الالتزام قابلاً للانتقال أو غير قابل قابل ، وإذا كان قابلاً فبأي أداة ينتقل .

وجاء كينتز (Kuntze) بعد دلبريك ، ولكنه ظل أميناً على تقاليد القانون الروماني . فلم يجوز نقل الدين ، ولكنه سلم بأن الدائن يستطيع أن يوجد مديناً آخر إلى جانب مدينه الأول كما في الإبانة ، أو يقضى الدين الأول ويحل محله ديناً جديداً كما في التجديد . ثم لجأ بير (Bähr) إلى نظرية الاشتراط لمصلحة الغير ، ففي الاتفاق ما بين المدين الأصل والمحال عليه يشترط الأول على الثاني لمصلحة للدائن أن يؤدي له الدين ، فينشأ للدائن من هذا الاشتراط حق مباشر في ذمة المحال عليه ، ولكن يبقى المدين الأصل بالإضافة إلى المحال عليه ملتزماً نحو الدائن .

وذهب فقهاء ثلاثة — ساليبس (Salpius) وجاريس (Gareis) ومنزل (Menzel) — إلى أن القانون الروماني لا يستصحب على حوالة الدين ، وتصوروا هذه الحوالة على النحو الآتي : يقدم المدين الأصل والمحال عليه إيجاباً مشتركاً إلى الدائن ، فإن قبله الدائن أصبح المحال عليه هو المدين مكان المدين الأصل ، وبرت ذمة المدين الأصل . حل أن أول هؤلاء الفقهاء — ساليبس — يجعل الحوالة تتم باتفاق بين الدائن والمحال عليه .

أما وندشايد (Windcheid) فقد عارض القانون الروماني صراحة ، وقال إن الالتزام قد تطور منذ عهد الرومان ، وأصبح المتبر فيه هو القيمة المادية لا الرابطة الشخصية ، وبذلك تقضى التقاليد الجرمانية مناقضة في ذلك التقاليد الرومانية . ومن ثم يجوز أن ينتقل الالتزام ، باعتباره قيمة مادية ، من ذممتين إلى ذمة مدين آخر يتفق بين المدينين . ولما كان المحال عليه —

الإسلامي (١). ونقول المذكورة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « استحدث المشروع فى هذا الفصل نظاماً جديداً هو نظام حوالة الدين . ويراعى أن هذا النظام إسلامى بحت ، وإن كان له نظير فى التشريعات الجرمانية . وغنى عن البيان أن نفعه من الناحية العملية يقتضى إقراره فى نطاق التشريع (٢) » .

٣٠٩ - أركان حوالة الدين والالتزام التى ترتب عليها : ونبحث

فى حوالة الدين ، كما بحثنا فى حوالة الحق ، أركان الحوالة والآثار التى ترتب عليها .

— إنما يتصرف فى مال مملوك للغير — أى للدائن — فقد وجب أن يقر الدائن هذا التصرف ، فإذا ما أقره أصبح سارياً فى حقه بأثر وجبى من وقت اتفاق المدينين لا من وقت إقراره .
وظهر للتقنين المدف الألمانى فى أعقاب هذه الحركة الفقهية ، فأقر حوالة الدين إقراره حوالة الحق كما قلنا ، وصاغ لها الأداة الفنية اللازمة . وقد أخذ بنظرية وندشايد ونظرية دلبريك فى صورة الحوالة التى تم باتفاق ما بين المدين الأصل والمحال عليه ، وينظرية سالييس فى صورة الحوالة التى تم باتفاق بين الدائن والمحال عليه .

(أنظر فى كل ذلك : التعليقات على التقنين المدف الألمانى ١ م ٤١٤ ص ٥٩٨ — ص ٥٩٩ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٧٦٢ — ص ٨٢ — ص ٨٦ — مقال الأستاذين شيرون ومحمد صادق فهمى فى مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩٣١ ص ٤٣ — ص ٥١ — بلانيول وريبير وبولانجه ٢ فقرة ١٣١٥ .

هذا ويعرف التقنين المدف الألمانى طرقاً خسة لإحلال مدين جديد محل مدين قديم أو لإقامة مدين آخر إلى جانب المدين الأول . (١) الإنابة وفيها يقوم مدين آخر إلى جانب المدين الأول . (٢) التمهيد بالوفاء ، وفيه يتعهد شخص للمدين الأصل أن يؤدى الدين عنه لدائن ، ويقتصر أثر هذا التمهيد على العلاقة فيما بين الاثنين ، لا يجاوزها إلى الدائن . (٣) التمهيد بالوفاء مع الاشتراط لمصلحة الدائن ، ويزيد على سابقه بأن يكون هناك اشتراط لمصلحة الدائن ، فينشئ التمهيد حقاً مباشراً للدائن يستطيع بموجبه أن يرجع مباشرة على التمهيد . (٤) حوالة الدين باتفاق يتم بين الدائن والمحال عليه . (٥) حوالة الدين باتفاق يتم بين المدين الأصل والمحال عليه ، ويتوقف نفاذه فى حق الدائن على إقراره . أنظر فى ذلك التعليقات على التقنين المدف الألمانى ١ م ٤١٤ ص ٦٠٠ — ص ٦٠٢ .

(١) أنظر فى الفقه الإسلامى ما قدمناه آنفاً فقرة ٢٤٠ — وقد رأينا أن الفقه الإسلامى لا يسلم بحوالة الدين بمعناها البقيق ، خلافاً لما يقال عادة ، ولا يسلم بحوالة الحق إلا فى المذهب المالكي وفى حدود معينة . حل أن الفقه الإسلامى ، فى قواعد التفصيلية ، يصلح للاقتباس منه فى بعض أحكام حوالة الدين . وقد أمكن تحويره فى التقنين المدف العراقى ، فأقر هذا التقنين حوالة الدين بالمعنى المفهوم فى التقنينات الجرمانية .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٣٦ .

الفصل الأول

أركان حوالة الدين

٣١٠ - أركان حوالة الدين هي أركان الاتفاق بوجه عام :

حوالة الدين اتفاق بين طرفين على تحويل الدين من ذمة المدين الأصلي إلى ذمة مدين جديد يحل محله . فأركان هذه الحوالة ، كأركان حوالة الحق ، هي أركان أى اتفاق (convention) يتم بين طرفين . ومن ثم تكون هذه الأركان هي التراضى والمحل والسبب .

ولا بد أن يصدر التراضى من ذى أهلية ، خالياً من عيوب الإرادة من غلط وتدليس وإكراه واستغلال .

كذلك يجب أن تتوافر في المحل شرائطة العامة ، ومحل حوالة الدين هو الدين الذى يحول من ذمة المدين الأصلي إلى ذمة المدين الجديد . وترد حوالة الدين على جميع الديون ، لا فرق في ذلك بين ما يكون منها مؤجلاً أو معلقاً على شرط أو مستقبلاً . وهى تنعقد صحيحة في الدين المستقبل ، ولكنها لا تنفذ إلا بوجود الدين (١) .

وللسبب في حوالة الدين هو الباعث الذى دفع إلى عقدها ، ويختلف باختلاف الأغراض المتنوعة التى تنى حوالة الدين بها ، وقد سبق بيان ذلك . وفى القوانين الجزائية تعتبر حوالة الدين ، كحوالة الحق ، مصدراً لالتزام مجرد .

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٥٨ . وتوجد حالات يكون فيها الدين غير قابل للحوالة . ومن هذه الحالات ما نصت عليه المادة ٧٢١ مدنى من إنه « ليس للمودع عنه أن يحل غيره محله في حفظ الوديعة دون إذن صريح من المودع ، إلا أن يكون مضطراً إلى ذلك بسبب ضرورة ملجئة عاجلة » . كذلك المدين في عقد رهنه فيه شخصه ، كالمرارة وشركة الأشخاص ، لا يجوز له حوالة دينه بغير رضا الدائن .

فنجيل في كل ذلك إل القواعد العامة المتعلقة بنظرية العقد . ونكتفي هنا
ببحث الصورتين اللتين تم في أحدهما حوالة الدين :

الصورة الأولى : اتفاق بين المدين الأصلي والمحال عليه ، ويقر الدائن هذا
الاتفاق ليكون نافذاً في حقه .

والصورة الثانية : اتفاق بين الدائن والمحال عليه ، دون تدخل المدين
الأصلي بل ودون حاجة إلى رضائه . وهذه الصورة أكثر تمشياً مع إرادة الدائن ،
إذا الدائن فيها يتدخل مباشرة لإبرام الحوالة ، ولا يقتصر على إقرارها كما
في الصورة الأولى .

الفرع الأول

اتفاق المدين الأصلي والمحال عليه

٣١١ - انعقاد حوالة الدين ونفاذها في حق المدين : في الصورة
التي تم فيها حوالة الدين باتفاق بين المدين الأصلي والمحال عليه يجب التمييز
بين أمرين : (١) انعقاد الحوالة ، وتتعقد بمجرد الاتفاق بين المدين الأصلي
والمحال عليه . (٢) ونفاذها في حق الدائن ، ولا تنفذ في حقه إلا إذا أقرها .

المبحث الأول

انعقاد حوالة الدين

٣١٢ - النصوص القانونية : تنص المادة ٣١٥ من التقنين المدني
على ما يأتي :

« تم حوالة الدين باتفاق بين المدين وشخص آخر يتحمل عنه الدين » (١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٤٤٤ من المشروع التمهيدى كفقرة أولى تلها
فقرة ثانية على الوجه الآتي : « ولا تكون الحوالة نافذة في حق الدائن إلا إذا أقرها » . وق -
(٣٦٢ - الوسيط)

ولا مقابل لهذا النص في التفتين المدني السابق ، إذ لم ينظم هذا التفتين حوالة الدين .

ويقابل النص في التفتينات المدنية العربية الأخرى : في التفتين المدني السوري المادة ٣١٥ - وفي التفتين المدني الليبي المادة ٣٠٢ - وفي التفتين المدني العراقي المواد ٣٣٩ و ١/٣٤٠ و ٣٤٢ - ٣٤٥ ، وفي تفتين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٢٨٧/١ و (١) .

= لجنة المراجعة نقلت هذه الفقرة الثانية لتكون الفقرة الأولى من المادة التالية لأن هذا هو المكان المناسب ، وأصبح نص المادة التهادي مطابقاً لما استقر عليه في التفتين المدني الجديد ، وصار رقعها ٣٢٧ في المشروع التهادي . ووافق عليها مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٣١٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٢٦ - ص ١٣٨) .

(١) التفتينات المدنية العربية الأخرى : التفتين المدني السوري ٣١٥م (مطابقة المادة ٣١٥ من التفتين المدني المصري) .

التفتين المدني الليبي م ٣٠٢ (مطابقة المادة ٣١٥ من التفتين المدني المصري) .

التفتين المدني العراقي م ٣٣٩ : ١ - حوالة الدين هي نقل الدين والمطالبة من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه . ٢ - وتكون مطلقة إذا أحال المدين بدئته غريمه على المحال عليه حوالة غير مقيدة بأدائه من الدين الذي لم يحل في ذمة المحال عليه ، أو من الدين التي له عنده ودعية أو مقصوية ، أو أحال على شخص ليس له شيء عليه أو عنده . ٣ - وتكون مقيدة إذا أحال المدين بدئته من غريمه على المحال عليه حوالة مقيدة بأدائه للدين الذي لم يحل في ذمة المحال عليه ، أو من الدين التي له عنده أمانة أو مقصوية .

م ١/٣٤٠ : الحوالة التي تمت بين المحيل والمحال عليه تتمتع بموقوفة على قبول المحال له .

م ٣٤٢ : يشترط لصحة الحوالة أن يكون المحيل مدينًا للمحال له ، وإلا فهي وكالة .

م ٣٤٣ : كل دين تصح به الكفالة تصح به الحوالة ، بشرط أن يكون معلوماً .

م ٣٤٤ : تصح إحالة المستحق في الوقف غريمه حوالة مقيدة باستحقاقه على متول الوقف ، إذا كانت غلة الوقف متحصلة في يده وقبل الحوالة . ولا تصح الحوالة بالاستحقاق إذا لم تكن الغلة متحصلة في يد المتول .

م ٣٤٥ : قبول الأب أو الوصي الحوالة على النذر جائز إن كان فيه خير للصغير ، بأن يكون المحال عليه أملاً من المحيل ، وغير جائز إن كان مقارباً أو مساوياً له في اليسار .

ونصوص التفتين العراقي مأخوذة بوجه عام من الفقه الإسلامي ، لا سيما المذهب الحنفي ، مع تعديل يحمل حوالة الدين في التفتين العراقي حوالة دين بالمعنى المفهوم في التفتينات الجرمانية ، إذ حوالة الدين في المذهب الحنفي هي ، كما قلنا ، أقرب إلى أن تكون صورة خاصة من الكفالة .

ولول تعديل عام هو ما قررته الفقرة الأولى من المادة ٣٣٩ من أن حوالة الدين هي نقل الدين =

ويتبين من هذا النص أن حوالة الدين تتم باتفاق بين المدين والمحال عليه ،
أى بين المدين الأصلي والمدين الجديد . أما رضاء الدائن فليس بضرورى لانعقاد
الحوالة ، وإن كان ضرورياً لنفاذها فى حقها كما سنرى .

٣١٣ - انعقاد الحوالة بالاتفاق بين المدين الأصلي والمحال عليه :

يكفى فى انعقاد حوالة الدين أن يتفق المدين الأصلي مع المدين الجديد وهو المحال
عليه على نقل الدين من ذمة الأول إلى ذمة الثانى . وهذا الاتفاق ، ككل اتفاق
آخر ، يقتضى وجود التراضى والمحل والسبب ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .
والأهلية الواجبة فى المدين الأصلي هى أهلية التعاقد بوجه عام ، أما أهلية المحال
عليه فهى أهلية الالتزام معاوضة أو تبرعاً تبعاً للعلاقة التى تقوم بينه وبين
المدين الأصلي .

— والمطالبة من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه ، وهذه مسألة تختلف فيها فى المذهب الحنفى ، ونقل
الدين والمطالبة معاً هو الذى يلازم حوالة الدين بمعناها الصحيح . ثم إن انعقاد الحوالة موقوفة على
قبول المحال له (م ١/٣٤٠ عراقى) واشترط أن يكون المحيل مدينأ للمحال له (م ٣٤٢ عراقى)
يتفق مع أحكام التفتين المصرى . وما ورد غير ذلك من أحكام خاصة بالفقه الإسلامى ، من
تقسيم الحوالة إلى مطلقة ومقيدة (م ٢/٣٣٩ و ٣ عراقى) ، ومن أن كل دين تصح به الكفالة
تصح به الحوالة (م ٣٤٣ عراقى) ، فهى لا تتعارض مع أحكام التفتين المصرى . بقيت
الإحالة على متولى الوقف (م ٣٤٤ عراقى) وقبول الول أو الوصى الحوالة نائباً عن المحصور
(م ٣٤٥ عراقى) ، فهذه هى أحكام الفقه الإسلامى فى موضوعين لصيقين به — الوقف
والولاية — ولا مانع من نقلهما عن هذا الفقه فى نصوص مأخوذة عنه فى مجموعها ، وهى على
كل حال لا تتعارض مع أحكام التفتين المصرى : انظر الدكتور حسن الدنون فى أحكام الالتزام
فى القانون المدنى العراقى فقرة ٢٢٤ و فقرة ٢٢٧ — فقرة ٢٢٩) .

تفتين الموجبات والنفود البنائى م ٢٨٧/٢٨١ : ١ - انتقال دين المدين يحصل إما
بالاتفاق بين الدائنين ومن يأخذ الدين على عاتقه ، وإما بالاتفاق بين هذا والمدين . ٢ - وفى
الحالة الثانية يبقى مفعول الاتفاق موقوفاً على إجازة الدائن ، ويستطيع المتعاقدان ، ما دامت
الإجازة لم تسقط — أن يهدا اتفاقهما أو يلغياه .

ويبدو أن هذه الأحكام تتفق مع أحكام التفتين المصرى ، إلا أن التعبير بأن مفعول الاتفاق
يبنى موقوفاً على إجازة الدائن يتعارض مع إنتاج الاتفاق لأثار قانونية إذا لم يجره الدائن (انظر
الدكتور سبى محصانى فى انتقال الالتزام فى القانون المدنى البنائى ص ٤٢ — ص ٥٠ —
وانظر ما على فقرة ٣٤٢ فى الهامش) .

ومتى تم الاتفاق بين المدين الأصلي والمحال عليه ، فقد انقضت الحوالة . وسنرى أن المحال عليه يصبح ملتزماً بهذا الاتفاق ، فلا يجوز له الرجوع فيه إلا باتفاق آخر بينه وبين المدين الأصلي ، بشرط أن يتم هذا الاتفاق الآخر قبل أن يقر الدائن الحوالة . وقد ورد هذا الحكم صراحة في التقنين المدني الألماني ، إذ نصت المادة ٤١٥ من هذا التقنين على أنه « يجوز للطرفين تعديل الاتفاق أو إلغاؤه إلى حين إقرار الحوالة (١) » .

وسنرى أيضاً أن الاتفاق بين المدين الأصلي والمحال عليه على حوالة الدين يرتب في ذمة المحال عليه التزامات شخصية نحو المدين الأصلي ، وهو في الوقت ذاته ينقل الدين — في العلاقة ما بين المدين الأصلي والمحال عليه — من ذمة الأول إلى ذمة الثاني (٢) . أما نقل الدين بالنسبة إلى الدائن فلا يتم إلا بإقرار الدائن لحوالة كما سيأتي .

وهذه آثار بعيدة المدى . ولم يكن الاتفاق على حوالة الدين ما بين المدين الأصلي والمحال عليه يصل إلى هذا الحد في مبدأ تطور الحوالة في القوانين الجرمانية . فقد كان هذا الاتفاق في البداية أثره مقصور على تعهد من قبل المحال عليه للمدين الأصلي بأداء الدين للدائن ، فلم يكن يكسب الدائن أى حق .

(١) وقد كان المشروع التمهيدى لتقنين المدني الجديد يشتمل على نص ، هو المادة ٤٤٩ من هذا المشروع ، يجرى على الوجه الآتي : « يجوز لطرفي الحوالة ، إلى أن يصدر إقرار الدائن ، أن يبدلا فيها أو أن يبدلا منها » . وقد حذف هذا النص في لجنة المراجعة لأنه « مجرد تطبيق لقواعد العامة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٤٤ في الهامش) .

(٢) وقد جاء في التعليقات على التقنين المدني الألماني أن الاتفاق بين المدين الأصلي والمحال عليه ينتج أثرين ، أحدهما شخصي والآخر عيني . فهو كاتفاق منقضى لروابط شخصية يرتب للالتزامات بين المدين الأصل والمحال عليه فصل من المدى إلى ما ييلته التمتع بتأدية الدين المنصوص عليه في المادة ٣٢٩ من التقنين المدني الألماني ، وبخاصة يرتب التزاماً في ذمة المحال عليه أن يؤدي الدين بدلا من المدين الأصلي ، فيضمن لهذا أية مطالبة يوجهها إليه الدائن ولكن دون أن يلتزم بالموصول على إبراء ذمة المدين الأصلي قبل حلول الدين . أما الأثر العيني فهو انتقال الدين من ذمة المدين الأصلي إلى ذمة المحال عليه . والاتفاق — من حيث أنه ناقل للدين — لا من حيث أنه منقضى للالتزامات شخصية — هو عقد مجرد ، ويكون صحيحاً بقطع النظر عن سببه ، على غرار حوالة الحق تطبيقاً لمادة ٤١٣ من التقنين المدني الألماني (التعليقات على التقنين المدني الألماني ١ ص ٦٠٦ — ص ٦٠٧) .

ثم تطور بعد ذلك ، فأصبح اتفاقاً يكسب الدائن حقاً في أن يستوفى الدين من المحال عليه ، مع بقاء المدين الأصلي مديناً إلى جانب المحال عليه . وفي آخر مراحل التطور أصبح هذا الاتفاق ناقلاً للدين فيما بين المدين الأصلي والمحال عليه ، فإذا ما أقره الدائن انتقل الدين أيضاً بالنسبة إلى هذا الأخير ولم يعد للدائن إلا مدين واحد هو المحال عليه وقد حل محل المدين الأصلي (١) .

٣١٤ - لا بد من تدخل الدائن على كل حال : على أن حوالة

الدين ، وهي تحمل مدينأً جديداً محل المدين الأصلي ، لا يمكن تصورها دون

(١) وقد اقتضى التقنين المدني المصري الجديد أثر التقنين المدني الألماني في هذا التصور الفني : انظر المادة ٤١٥ من التقنين المدني الألماني .

أما في تقنين الالتزامات السويسري ، فحوالة الدين لا تتم إلا على مرحلتين : (المرحلة الأولى) يتم فيها اتفاق بين المدين الأصلي والمحال عليه ، يتعهد بموجبه هذا الأخير نحو المدين الأصلي بأن يتحمل بالدين ، إما بوفاته للدائن وإما بالاتفاق مع الدائن على أن يلتزم هو به نحوه . (والمرحلة الثانية) يقوم فيها المحال عليه بتنفيذ التزامه بموجب الاتفاق الأول ، فيقصد اتفاقاً آخر مع الدائن ، وهذا الاتفاق الآخر هو الذي ينتقل الدين من ذمة المدين الأصلي إلى المحال عليه . ولا ينتقل الدين إلا من وقت تمام الاتفاق الثاني ، أما في التقنينين الألماني والمصري فينتقل الدين من وقت الاتفاق بين المدين الأصلي والمحال عليه إذا أقر الدائن هذا الاتفاق لأن لإقراره أثراً رجعياً . ويتربط على ذلك أن المحال عليه ، في تقنين الالتزامات السويسري ، إذا فقد الأهلية بعد إتمامه الاتفاق الأول وقبل إبرامه الاتفاق الثاني ، لا يستطيع أن يعقد الاتفاق الثاني ، فإن الدين لا ينتقل ، ولكن يبقى الاتفاق الأول ملزماً للمحال عليه .

وهذا ما تنص عليه المادتان ١٧٥ و ١٧٦ من تقنين الالتزامات السويسري . فقد نصت المادة ١٧٥ على أن : "التعهد الذي يصدر من المحال عليه للمدين بأن يتحمل بالدين يلزم المحال عليه أن يبري ذمة المدين ، إما بوفاته للدين الدائن ، وإما بنقله الدين إلى ذمة برضاه الدائن " . ونصت المادة ١٧٦ على أن : "الحلول محل المدين الأصلي أو إبراء ذمة يتم باتفاق بين المحال عليه والدائن . ويصح استخلاص الإيجاب لإبرام هذا الاتفاق من تبليغ يصدر للدائن من المحال عليه أو من المدين الأصلي بتخصيص من المحال عليه ، بما تم من اتفاق بين هذين الأخيرين . ويجوز أن يكون قبول الدائن لهذا الإيجاب صريحاً أو ضمنياً يستخلص من الظروف . ويكون القبول ضمنياً إذا قبل الدائن دون تحفظ الوفاء من المحال عليه ، أو قبل منه أي عمل آخر يقوم به باعتباره مدينأً " .

وأنظر في ذلك مقال الأستاذين شيرون وعبد صادق فهمي في مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩٣١ .

تدخل الدائن ، إما لاتعاقدها بالذات ، وإما في القليل لنفاذها في حقه . ذلك أن تغير المدين في حوالة الدين له شأن أخطر بكثير من تغير الدائن في حوالة الحق . وإذا كان تغير الدائن على المدين ليس بأمر ذى خطر ، فإن تغير المدين على الدائن أمر بالغ الخطورة . إذ العبرة في الالتزام بشخص المدين لا بشخص الدائن ، فالمدين هو الذى يحدد قيمة الالتزام من الناحية العملية ، وتتوقف هذه القيمة على ملاءته وعلى ما يبدية من يسر في الوفاء أو بماطلة ، فلا بد إذن من رضا الدائن بتغير مدينه .

ومن ثم كانت الصورة الأولى من صورتى حوالة الدين في التقنين المدنى الألمانى هى الصورة التى تم فيها الحوالة باتفاق بين الدائن نفسه والمحال عليه (م ٤١٤ مدنى ألمانى) ، دون حاجة إلى رضا المدين الأصيل إذ حوالة الدين تتمحض لمصلحته ، فيكون رضا الدائن ضرورياً في هذه الصورة لاتعقاد الحوالة لانفاذها في حقه فحسب . ولكن التقنين المدنى المصرى الجديد قدم الصورة الثانية التى تم فيها الحوالة باتفاق بين المدين الأصيل والمحال عليه - وهى الصورة التى نحن بصدها - على الصورة الأولى التى كانت أولى بالتصديق ، مراعاة للتنسيق بين حوالة الدين وحوالة الحق . فحوالة الحق تم باتفاق بين الدائن الأصيل والدائن الجديد ، وكذلك حوالة الدين تم هى أيضاً باتفاق بين المدين الأصيل والمدين الجديد (١) .

٣١٥ - مركز المدين الأصيل من كل من المدين والمحال عليه :

وحوالة الدين - فى كل من صورتها - تفترض أن هناك ديناً فى ذمة المدين الأصيل للدائن هو الذى جعل محلاً للحوالة ، وبدون هذا الدين لا تقوم الحوالة إذ يتعلم محلها . فاذا أحال شخص آخر ، دون أن يكون مديناً له ، ليقبض ديناً من شخص ثالث ، فهذه ليست حوالة ، بل هى وكالة ، إذ يكون المحيل

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا المعنى : « تعرض أول صورة من صور حوالة الدين حيث يتم التناقل مباشرة بين المدين الأصيل والمحال عليه ، وهو من يحصل الدين . وفى هذه الحالة يمسد المدين إلى التصرف فى مركزه بوصفه هذا ، شأنه شأن الدائن عند التصرف فى مركزه من طريق حوالة حقه » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٢٧) .

قد وكل المحال له في قبض الدين . وهذا ما يقرره التقنين المدني العراقي صراحة ، إذ تنص المادة ٣٤٢ من هذا التقنين على أنه « يشترط لصحة الحوالة أن يكون المحيل مدينًا للمحال له ، وإلا فهي وكالة » .

أما مركز المدين الأصلي بالنسبة إلى المحال عليه ، فليس من الضروري أن يكون الثاني مدينًا للأول . فإذا لم يكن مدينًا ، أو كان مدينًا ولم يقيد المحيل الحوالة بهذا الدين ، فالحوالة تعتبر في الفقه الإسلامي حوالة مطلقة . وإذا كان مدينًا وقيد المحيل الحوالة بالدين ، فهي حوالة مقيدة (١) .

المبحث الثاني

نفاذ الحوالة في حق الدائن

٣١٦ — النصوص القانونية : تنص المادة ٣١٦ من التقنين المدني على ما يأتي :

١ — لا تكون حوالة نافذة في حق الدائن إلا إذا أقرها .

٢ — وإذا قام المحال عليه أو المدين الأصلي بإعلان الحوالة إلى الدائن ، وجب له أجلًا معقولًا ليقر الحوالة ، ثم انقضى الأجل دون أن يصدر الإقرار ، اعتبر سكوت الدائن رفضاً للحوالة .

وتنص المادة ٣٢٢ على ما يأتي :

١ — لا يستتبع بيع العقار المرهون رهناً رسمياً انتقال الدين المضمون بالرهن إلى ذمة المشتري ، إلا إذا كان هناك اتفاق على ذلك .

(١) أنظر المادة ٢/٣٣٩ و ٣ من التقنين المدني العراقي ، وقد تقدم ذكر النص (أنظر أيضاً فقرة ٣١٢ في الماثل) .

٢ - فإذا اتفق البائع والمشتري على حوالة الدين ، وسجل عقد البيع ، تعين على الدائن متى أعلن رخصياً بالحوالة أن يقرها أو يرفضها في ميعاد لا يجاوز ستة أشهر ، فإذا انقضى هذا الميعاد دون أن يبت برأى اعتبر سكوتة إقراراً (١) .

(١) تاريخ النصوص :

٣١٦ م : ورد هذا النص في نصوص عدة من المشروع التمهيدى : (١) في الفقرة الثانية من المادة ٤٤٤ من هذا المشروع ، وكانت تجرى على الوجه الآتى : « ولا تكون الحوالة نافذة في حق الدائن إلا إذا أقرها » . (٢) وفي الفقرة الثانية من المادة ٤٤٦ من المشروع ، وكانت تجرى على الوجه الآتى : « على أنه لا يجوز لدائن أن يرفض الإقرار إذا كان حقه بعد الحوالة مكفول الوفاء » . (٣) وفي المادة ٤٤٧ من المشروع ، وكانت تجرى على الوجه الآتى : « وإذا قام المحال عليه أو للمدين الأصل بإعلان الحوالة للدائن ، وحدد له أجلاً معقولاً ليقر الحوالة ، ثم انقضى الأجل دون أن يصدر الإقرار ، اعتبر سكوت الدائن رفضاً للحوالة » — وفي لجنة المراجعة أدمجت هذه النصوص كلها في مادة واحدة من فقرتين على الوجه الآتى : « (١) لا تكون الحوالة نافذة في حق الدائن إلا إذا أقرها . على أنه لا يجوز لدائن دون مجور أن يرفض الإقرار إذا كان حقه بعد الحوالة مكفول الوفاء . (٢) وإذا قام المحال عليه أو للمدين الأصل بإعلان الحوالة إلى الدائن ، وعين له أجلاً معقولاً ليقر الحوالة ، ثم انقضى الأجل دون أن يصدر الإقرار ، اعتبر سكوت الدائن رفضاً للحوالة » . وأصبحت المادة رقمها ٣٢٨ في المشروع التامى . ووافق عليها مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ اعترض على نظرية إجبار الدائن على قبول الحوالة ولو كان الحق بعد الحوالة مكفول الوفاء . فرد على هذا الاعتراض بأن هذه النظرية تتضمن قاعدة شرعية وردت في حديث شريف عن النبي صلى الله عليه وسلم : « فإذا أحيل أحدكم على ملء فليحتل » . فأجيب على هذا الرد بأن « مجال تطبيق القاعدة الشرعية قد تغير الآن ، فأصبحت النفوس مليئة بالشر والمكر فهناك أشخاص أخفاء لا يمكن التعامل معهم ، وبالتالي لا يمكن اقتضاء الحقوق منهم » . وانتهى الأمر إلى أن حُلقت من الفقرة الأولى عبارة « على أنه لا يجوز لدائن دون مجور أن يرفض الإقرار إذا كان حقه بعد الحوالة مكفول الوفاء » ، « لأن هذه العبارة تفتح باب التلذذات ، وقد تسبب أضراراً كبيرة لدائن القرض ارتضى أن يعامل المدين دون غيره لأسباب متعددة . فرأت اللجنة أن من الأنسب لذلك كله سد هذا الباب ، وبهذا لا تكون حوالة الدين نافذة إلا إذا أقرها الدائن » . وأصبح رقم المادة ٣١٦ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما طالتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٣٩ و ص ١٤١ — ص ١٤٣) .

٣٢٢ م : ورد هذا النص في المادة ٤٥٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التفتين المدنى الجديد ، فيما عدا عبارة وردت في آخر الفقرة الثانية في المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « وتنفذ الحوالة في حقه حتى لو رفضها الميعاد المحدد إذا لم يستند في رفضه إلى -

ولا مقابل لهذه النصوص في التقنين المدني السابق ، لأن هذا التقنين لم ينظم حوالة الدين كما سبق القول .

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٣١٦ — وفي التقنين المدني الليبي المادتين ٣٠٣ و ٣٠٩ — وفي التقنين المدني العراقي المادة ٣٤٠ — وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٢٨٧ (١) .

— أسباب معقولة ، ، وفيما عدا فقرة ثالثة كانت في المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ولا يجوز للمشتري إذا انتقل الدين إل ذمته أن يطهر العقار المرهون أو أن يتخلل عن هذا المقار » ، وفيما عدا أن المهاد الذى ورد في المشروع التمهيدى لإقرار الحوالة أو رفضها كان ثلاثة أشهر لا ستة . وفى لجنة المراجعة أقر النص ، وصار رقمه ٢٢٤ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب . وفى لجنة مجلس الشيوخ حطفت العبارة التى وردت فى آخر الفقرة الثانية تبشيراً مع تمثيل مماثل فى المادة ٢١٦ مدنى ، وحذفت الفقرة الثالثة لأن المشتري بقوله الحوالة يصبح مدينأ أصلياً فلا يجوز له طبقاً للقواعد العامة تطهير العقار المرهون أو التخليه ، وجعل ميماد الإقرار أو الرفض ستة أشهر بدلاً من ثلاثة . فأصبح نص المادة بذلك مطابقاً تماماً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وصار رقمها ٢٢٢ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٦٠ و ص ١٦٤ — ص ١٦٥) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى : م ٣١٦ (مطابقة لمادة ٣١٦ من التقنين المدنى المصرى — ولا مقابل فى التقنين المدنى السورى المادة ٣٢٢ من التقنين المدنى المصرى) .
التقنين المدنى الليبى : م ٣٠٣ و م ٣٠٩ (مطابقتان للمادتين ٣١٦ و ٣٢٢ من تقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى : م ٣٤٠ : ١ — الحوالة التى تمت بين المكيل والمحال عليه تنطبق موقوفه على قبول المحال له . ٢ — وإذا قام المكيل أو المحال عليه بإبلاغ الحوالة للمحال له ، وحدد له أجلاً معقولاً لقبول الحوالة ، ثم انقضى الأجل دون أن يصدر القبول ، اعتبر سكوت المحال له رفضاً للحوالة .

وهذا الحكم يتفق مع حكم المادة ٣١٦ مصرى . ولا يوجد فى التقنين العراقى مقابل للمادة ٣٢٢ من التقنين المصرى .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٢٨٧ : انتقال دين المدينون يحصل إما بالاتفاق بين الدائنتين ومن يأخذ الدين على حاققه ، وإما بالاتفاق بين هذا والمدينون — وفى الحالة الثانية يقع مفعول الانتقال موقوفاً على إجازة الدائن . ويستطيع المتماقدان ، ما دامت الإجازة لم تسقط ، أن يعدلا اتفاقهما أو يلغياه — وإذا لم يجرز الدائن الانتقال بطل . وإذا أجازه كان له مفعول

٣١٧ — مسائل أربع : ويتبين من هذه النصوص أن إقرار الدائن

لحوالة ضرورى حتى تنفذ في حقه . فنبحث في هذا الصدد مسائل أربعاً :
(١) متى يصدر إقرار الدائن (٢) وكيف يصدر هذا الإقرار (٣) وإلى أى مدى يلتزم الدائن بإقرار الحوالة ، وسنرى أنه حر في الإقرار أو في الرفض (٤) وما هو الأثر الذى يترتب على إقرار الدائن لحوالة أو على رفضه إياها .

٣١٨ — متى يصدر إقرار المدين : وإقرار الدائن كما رأينا ضرورى

لنفاذ الحوالة في حقه ، حتى لا يتغير عليه المدين — وشخصه جوهرى في الدين — دون رضاه . والإقرار لإرادة منفردة تصدر من الدائن ، ولا تنتج أثرها إلا إذا وصلت إلى علم من توجه إليه هذه الإرادة وفقاً للقواعد العامة . ونرى أنه يكفى أن يصل الإقرار إلى علم أى من المحال عليه أو المدين الأصلي لينتج أثره ، ولا يجوز بعد ذلك للمدين الأخيرين أن يتفقا على العلول عن الحوالة أو التعديل فيها (١) . ولكن قبل وصول الإقرار إلى علم أى منهما ، يجوز لهما أن يتفقا معاً على أن يعدلا عن الحوالة فلا يكون لها أثر حتى لو صدر إقرار الدائن بعد علمه بهذا العلول ، ويجوز لهما كذلك أن يدخلوا على الحوالة من التعديل ما يتفقان عليه .

ويصح أن يصدر الإقرار في أى وقت بعد انعقاد الحوالة . وليس من الضروري ، في التقنين المدنى المصرى ، أن يترتب على الدائن بإقراره حتى يعلنه المحال عليه أو المدين الأصلي بالحوالة ، بل يجوز أن يقر الدائن الحوالة قبل أن

— رجى منذ اليوم الذى تم فيه الاتفاق بين المدين ومن انتقل إليه الدين — ولا يجوز إعطاء الإجازة إلا بعد أن يبلغ المصدقون الانتقال إلى الدائن . ويجب اصطفاؤها في خلال المهلة المعينة في البلاغ ، وإذا لم تعين مهلة فنق خلال المدة التى تعتبر كافية للاختيار . وإذا انقضت المدة عدت الإجازة مرفوضة .

وتتفق هذه الأحكام مع أحكام المادة ٣١٦ من التقنين المصرى ، فيها هذا علم جواز صدور الإقرار قبل إعلان الحوالة في التقنين البنىانى ، وهو حكم مأخوذ من التقنين المدنى الألمانى . ولا مقابل في التقنين البنىانى المادة ٣٢٢ من التقنين المصرى .

(١) الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ٢٤٧ ص ٢٢٧ .

يعلن بها (١) . أما في التقنين المدني الألماني فقد ورد نص صريح في هذا الصدد يقضى بأن الدائن لا يجوز له أن يقر الحوالة إلا بعد أن يعلن بها (٢) ، وذلك لكي يبق زمام الحوالة في يد المدين الأصلي والمحال عليه ، فيستطيع أن يعدلها عنها أو يعدلها فيها قبل أن يعلنها للدائن .

إذن ليس في التقنين المدني المصري بداية لميعاد صدور الإقرار إلا وقت انعقاد الحوالة . وكذلك ليس لهذا الميعاد نهاية ، فيجوز للدائن أن يقر الحوالة في أى وقت بعد انعقادها . على أنه يستطيع أى من المحال عليه أو المدين الأصلي أن يضع حداً لهذا الموقف غير المستقر ، بأن يتولى إعلان الحوالة إلى الدائن ويعين له في الوقت ذاته أجلاً معقولاً ، يقدره هو تحت رقابة قاضي الموضوع ، فإذا انقضى هذا الأجل دون أن يقر الدائن الحوالة ، اعتبر سكوته رفضاً (٣) . وعند ذلك يبقى عقد الحوالة قائماً في العلاقة ما بين المدين الأصلي والمحال عليه ، منتجاً لالتزامات شخصية فيما بينهما ، دون أن ينتقل الدين إلى ذمة المحال عليه في العلاقة ما بينه وبين الدائن ، وسيأتى بيان ذلك .

٣١٩ - مائة بيع العقار المرهون : على أن هناك حالة خاصة ، نصت

عليها المادة ٣٢٢ مدني ، عدل فيها الحكم المتقدم الذكر ، وهذه هي حالة بيع العقار المرهون رسمياً . ففي هذه الحالة لا ينتقل الدين المضمون بالرهن إلى ذمة المشتري إلا باتفاق خاص بين البائع والمشتري على جواله هذا الدين - وإلى هنا

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في هذا الصدد ما يأتي : « وقد أجاز المشروع للدائن إقرار الحوالة متى اتصلت بطلعه ، حتى قبل أن يقوم المدين أو المحال عليه بإعلانه بها . ولكن ليس للدائن أن يتمسك بالحوالة مادام إقراره لم يصل إلى المدين أو المحال عليه . وعلى هذا الاعتبار يكون لطرق الحوالة أن يعدلها فيها أو يعدلها قبل وصول هذا الإقرار إلى أحدهما (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٥٠) . وانظر أيضاً الأستاذ عبد الحى حجازي ٣ ص ٢٧٨ .

(٢) فقد نصت المادة ٤١٥ من التقنين المدني الألماني على أن « هذا الإقرار لا يجوز صدوره إلا بعد أن يعلن المدين أو الأجنبي الحوالة للدائن » . وعلى نهج التقنين المدني الألماني سارتقنين الموجبات وللعقود البناني (أنظر المادة ٢٨٧/٤ من هذا التقنين الأخير آنفاً فقرة ٣١٨ في الملحق) .

(٣) أنظر المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٤٠ .

لا جديد ، فإن الحوالة لا تقترض ، وبيع العقار المرهون ليس من شأنه افتراض حوالة الدين المضمون بالرهن ، بل لابد أن يكون هناك اتفاق خاص على هذه الحوالة . فإذا ما عقد هذا الاتفاق بين البائع والمشتري — أى بين المدين الأصلي والمحال عليه — ثم سجل عقد البيع ، وأعلن الحوالة أى من البائع أو المشتري إعلاناً رسمياً للدائن ، فإن المادة ٣٢٢ مدنى قد تكفلت بتحديد الميعاد الذى يجب فيه أن يقر الدائن الحوالة أو يرفضها . وهذا الميعاد هو ستة أشهر من وقت إعلانه بالحوالة ، فإذا انقضى هذا الميعاد دون أن يقر الحوالة أو يرفضها . اعتبر سكوتة إقراراً بالحوالة لا رفضاً لها (١) .

ونرى من ذلك أن النص قد انحرف بهذه الحالة الخاصة عن الأحكام التى تقدم ذكرها فى أمرين : (١) قد تكفل بتحديد المدة المعقولة، وهى ستة أشهر كما قلنا ، ولم يتركها لتقدير أحد طرفى الحوالة . (٢) وجعل سكوت الدائن بعد انقضاء هذه المدة إقراراً بالحوالة لا رفضاً لها (٢) ، وهذا عكس الحكم الذى تقرر فى غير هذه الحالة الخاصة .

(١) وقد استندت المادة ٣٢٢ مدنى مصرى من المادة ٤١٦ من التقنين المدنى الألمانى . وكان المشروع الأول لنص الألمانى يجعل الدائن المرتهن مخيراً بين إقرار الحوالة أو اتخاذ إجراءات تنفيذ الرهن فى مدى ستة أشهر ، حتى لا يظل المدين الراهن معلقاً مدة طويلة بعد أن باع العقار المرهون . ولكن النص لتهافت عدل من ذلك ، وجعل للدائن المرتهن الحق فى رفض الحوالة إذا أعلن الرهن المدين الراهن ، حتى لا يضطر الدائن المرتهن إلى اتخاذ إجراءات تنفيذ الرهن فى وقت قد لا يكون ملائماً . حل أن النص الألمانى فى صورته النهائية يختلف عن النص المصرى فى أن إعلان الحوالة يصدر ، وفقاً لنص الألمانى ، من المدين الراهن وحده ، فلا يجوز صدوره من المشتري لعقار المرهون ، وفى أن رفض الحوالة يجب إعلانه لهذا المدين الراهن (التصلقات على التقنين المدنى الألمانى جزء أول م ٤١٦ ص ٦١٢ — ص ٦١٣ — وانظر أيضاً مقال الأستاذين شيرون وعبد صادق فهمى فى مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩٣١ ص ٥٧ — ص ٥٨ — وانظر فيما يتعلق بتقنين الالتزامات السويسرى المادة ١٨٢ والمقال المشار إليه ص ٦٦ . وانظر فيما يتعلق بالتقنين المدنى المصرى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٦٢ — ص ١٦٣) .

(٢) وقد يعلن الدائن المرتهن بالحوالة قبل تسجيل عقد البيع ، فهل يكون الإعلان فى هذه الحالة باطلاً لا يترتب عليه أى أثر ، أو يبقى صحيحاً ولكن لا يترتب عليه أثره — أى لا يسرى ميعاد ستة الأشهر — إلا من تاريخ التسجيل ؟ نرجع للرأى الثانى ، لأن الأصل به —

ويسوغ هذا الانحراف اعتبارات عملية . فمن المصلحة ، بعد أن انتقل العقار المرهون إلى ملك المشتري ، وأصبح هذا ملزماً بالدين عينياً بحكم ملكيته للعقار ، أن ينتقل الدين إلى فئته حتى تتفق مسئولته الشخصية ، مع مسئولته العينية . ومن ثم شجع النص على الوصول إلى هذه النتيجة ، بأن تولى تحديد ميعاد ، ليس بالطويل ، يكون انقضاؤه مع سكوت الدائن إيداناً باقرار الحوالة لارفضها (١) .

— من شأنه إعمال إعلان الحوالة ، وإعمال التصرفات خير من إعمالها (انظر الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٢٨٧ — ص ٢٨٨) . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتى : « فیرامى من ناحية أنه لا يجوز إعلان الحوالة قبل التسجيل . ويهض لتوجيه هذا القيد أن المشروع قد قصد إل تحاشي الفصل بين المسئولية الشخصية والمسئولية العينية من الدين ما أمكن ، وإن من مصلحة المشتري أن تمتنع على الدائن مطالبته بمقتضى المسئولية الشخصية قبل أن تترتب مسئولته العينية ، فيما لو أعلن بالحوالة من قبل . أما فيما يتعلق بالجزاء الذى يكفل نفاذ هذا الحكم ، فقد تعرض للفن صورتان : فيجوز أن يعتبر الإعلان السابق عل التسجيل غير ذى أثر في بدء سريان الميعاد المحتى المنصوص عليه في هذه المادة ، وعل هذا لا يبدأ سريان هذا الميعاد إلا من تاريخ التسجيل — ويجوز أن يعتبر هذا الإعلان غير ذى أثر بالنسبة للمشتري . بيد أن الصورة الأولى هى الأولى بالقبول ، فظراً لتحشياً مع وجوب إعمال التصرفات القانونية كلها تيسر ذلك (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٦٣) .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في صدد المادة ٣٢٢ مدق ما يأتى : « تتناول هذه المادة صورة عملية بالغة الأهمية ، تعرض عند التصرف في عقار مرهون ، مع تحمل الخلف بالدين الذى أنشأه الرهن لضمان الوفاء به . فالواقع إن إنشاء رهن رسمى لضمان الوفاء بالدين يحمل عنصر المسئولية العينية أغلب من عنصر المسئولية الشخصية ، وبعبارة أخرى يصبح حق الرهن الرسمى في هذه الحالة أصلاً ، ولا يكون لمسئولية الدين الشخصية عن الدين إلا منزلة الفرع من حيث التبعية . ولغالب أن من يتصرف في العقار المرهون يقصد إلى نقل الدين إلى الخلف ، والتحلل من المسئولية عنه ، فليس أسوأ من مركز مدين يظل مسئولاً عن الدين شخصياً في خلال فترة طويلة بعد أن يكون قد تصرف في العقار الذى رهن لضمان الوفاء بهذا الدين . فإذا انصرفت نية المتصرف إلى التخلص من الدين ، أمكن أن يقترب عل الحوالة التى تم عل هذا الوجه أن يصبح الخلف مسئولاً عن الدين مسئولية عينية ومسئولية شخصية في آن واحد . وهو بهذه المثابة يسأل في جميع أمواله ، إذا لم يكن العقار المرهون الذى آل إليه كائناً الوفاء بحق الدائن . بيد أن مثل هذا الوضع ، رغم ما ينطوى فيه من نزوع إلى التمسك مع مقتضيات العمل ، والنزول عل حكم المنطق ، قد يستتبع أحياناً تعرض الدائن لنظر جنسى ، ولا سيما إذا كان متأخراً في الرتبة وكان في شك من استيفاء حقه من ثمن العقار المرهون . فلعل به في هذه الحالة أن يبق عل دعواه قبل مدته الأصل ، متى كان مأدون الديار ، من أن —

٣٢٠ — كيف يكون الإقرار : والإقرار تعبير عن الإرادة ، وليس

له شكل خاص ، فأى لفظ أو كتابة أو موقف يدل على رضا الدائن بالحالة يكفي . وقد يكون صريحاً كما يكون ضمنياً . ويكون إقرار الدائن للحالة إقراراً ضمنياً إذا استوفى الدين أو جزءاً منه من المحال عليه دون تحفظ ، أو قبل منه أى عمل آخر يقوم به على اعتبار أنه هو المدين (١) .

— يرجع بهذه الدعوى على الخلف وقد لا يتوافر فيه من ضمانات الملاءة ما يتوافر لدى الأصول . ومؤدى هذا أن مصالح الدائن قد تستهدف الخطر كلما كان نصيب المستوفى للشخصية من الأهمية أعظم من نصيب المستوفى العينية ، كما هو الشأن في الحالة الأخيرة . وقد قصر المشروع على التوفيق بين مصلحة الدائن ومصلحة المتصرف — ومن الواجب أن يصن مركزهما أمكن حتى لا يطول أمد بقاء مسئولية من الدين المضمون بالرهن ببيع المقار المرهون — قضى باعتبار الدائن مقراً بالحالة ، إذا لم يتم برفضها صراحة خلال ثلاثة أشهر (أصبحت ستة أشهر) من إعلانه بها استثناء من أحكام القواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٦١ — ص ١٦٢) . ويبدو من الأسباب التي علل بها الحكم الذي نحن بصدده أن هذا الحكم مطبق أيضاً في حالة ما إذا كان المقار المبيع مثلاً يتألف من غير الرهن الرسمي ، كحق امتياز أو حق اختصاص .

(١) وقد كان المشروع التمهيدى يتضمن نصاً في هذا المعنى ، فكانت المادة ٤٤٥ من هذا المشروع تجري على الوجه الآتي : « يكون إقرار الدائن للحالة صريحاً أو ضمنياً . ويصير الدائن قد أقر الحالة إذا وفي المحال عليه الدين بصفة مديناً وقبل الدائن دون تحفظ هذا الوفاء ، أو قبل أى عمل آخر يقوم به المحال عليه بصفة مديناً » . وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : « الدائن أن يتخذ من الحالة مواقف مختلفة : (أ) فله أن يقرها ، وقد يكون الإقرار صريحاً أو ضمنياً . وقد يفترض الإقرار إذا قبض الدائن دون تحفظ ما أوفى به المحال عليه — كالوفاء الجزئي بأصل الدين أو الوفاء بالفوائد — أو إذا قبل من المحال عليه أداء تكليف يقع على المدين ، كما هو الشأن في التجديد . بيد أنه يشترط في هذه الحالة أن يكون المحال عليه قد أوفى بالدين ، أو أدى تكليفاً آخر مما يجب على المدين ، وأن يكون قد أنصف الوفاء أو الأداء إلى نفسه لا إلى المدين ، إذ في هذا الوضع فحسب يكون الدائن قد اعتبر المحال عليه مديناً له . وقد يستفاد إقرار الدائن للحالة من مطالبته للمحال عليه بالتزام ، أو من إنظاره إلى أجل معلوم . عل أن القرينة التي تستخلص من تلك الظروف ليست بقاطعة ، بل يجوز إسقاط دلالتها بإثبات العكس ، كما إذا كان التحفظ ذاته مستفاداً من واقع الحال . (ب) وله أن يرفضها فتكون غير نافذة في حقه . وقد حذفت لجنة المراجعة هذه المادة من المشروع ، « لأنها ليست إلا مجرد تطبيق للقواعد العامة ، بدليل أنه لا مقابل لها في الفصل الخاص بحالة الحق » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٢٧ — ص ١٢٨ في الحاشية) .

ويثبت إقرار الدائن للحالة بجميع الطرق ، وفقاً للقواعد العامة ، لأنه لإرادة منفردة .

٣٢١ - **الدائن حر في إقرار الحوالة أو في رفضها :** والقاعدة أن الدائن حر في إقرار الحوالة أو في رفضها ، فإن أقرها انتقل بالنسبة إليه الدين من ذمة المدين الأصلي إلى ذمة المحال عليه كما سئرى ، وإن رفضها بقي المدين الأصلي مديناً له كما كان ولم ينتقل الدين بالنسبة إلى الدائن من ذمة المدين الأصلي إلى ذمة المحال عليه . ولا شيء يجبر الدائن على إقرار الحوالة ، مهما يكن المحال عليه مليئاً ، حتى لو كان أكثر ملاءة من المدين الأصلي ، أو كان له مال ظاهر أيسر في التنفيذ عليه . فليس الدائن ملزماً أن يغير مدينه حتى إلى مدين أفضل ، فهذا أمر يرجع تقديره إليه هو ، وإذا رفض إقرار الحوالة فلا بد أن يكون لديه من الأسباب ما يبرر في نظره هذا الرفض ، وهذا كاف ولا تعقيب عليه في تقديره ، بل هو لا يسأل عن أسباب رفضه .

وقد كان المشروع التمهيدى يتضمن حكماً يخالف هذا الحكم ، فقد كانت المادة ٤٤٦ من هذا المشروع تجري على الوجه الآتى : ١ - إذا رفض الدائن الإقرار ، كانت الحوالة غير نافذة في حقه . ٢ - على أنه لا يجوز للدائن أن يرفض الإقرار ، إذا كان حقه بعد الحوالة مكفول الوفاء . وكان يستفاد من هذا الحكم أن الدائن إذا أحيل على شخص ملئ مقتدر بحيث يكون حقه مكفول الوفاء ، فليس له أن يرفض إقرار الحوالة ، وإلا كان متعسفاً في استعمال حقه في الرفض ، فيرد عليه قصده . ولا حاجة في هذه الحالة لإقراره ، بل لا عبرة برفضه ، لتكون الحوالة نافذة في حقه (١) . ولما عرض هذا النص

(١) أنظر في هذا المعنى المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ص ١٢٩ - ص ١٤٠ - وقد جاء فيها ما يأتى : « والمشهور عند الحنفية هو ضرورة رضا الدائن . ومن رآهم أن قوله عليه السلام في الحديث : فإذا أحيل أحدكم على ملء فليحتل ، يفيد في ظاهره معنى الأمر ، ولكنه أمر استحباب أو إباحة ، لأن المدينين رغم إسلامهم قد تتفاوت ذممهم في حسن التقضاء والمطل ، ولهذا القلة قد يحرص الدائن على عدم إبدال مليته . ويضيف ابن المقام إلى ذلك أن الدائن قد يضار إذا أجبر على استيفاء دينه من ملء لا يوفيه : ~

على لجنة مجلس الشيوخ ، قام اعتراض على فكرة إجبار الدائن على إقرار الحوالة ولو كان الحق بعد الحوالة مكفول الوفاء (١) ، فوافقت اللجنة على حذف النص (٢) .

فتح القدير ٦ ص ٣٤٧ — والكاساني ٦ ص ١٦ — ولم يعرض مرشد الحيران لهذه المسألة ، ولكن المادة ٦٨٣ من مجلة نصت صراحة على أن « الحوالة التي أجريت بين المحيل والمحال عليه تتمتع بموقوفة على قبول المحال له » . والواقع أن تعاقب المدين والمحال عليه يعتبر ، في اصطلاح الفقه الحقني ، عقداً موقوفاً . وهو بهذه المثابة غير لازم بالنسبة لكل من المتعاقدين : أنظر الكاساني في البدائع ج ٥ ص ١٧٨ — ولم يرد المشروع أن يلتزم حدود هذا التصور ، ولو أن له شيئاً في أحكام التقنين الصيني (٣٠٢ م) . أما الحنايطة فلا يشترطون رضا الدائن . ولذهبهم في هذه الناحية طابع خاص ، فن رأهم — فيما عدا حالة الإعصار — أن الأمر المستفاد من الحديث الذي تقدمت الإشارة إليه أمر وجوب ينطوي على تكليف الدائن باستيفاء حقه من قبل تحمل الدين ، ما دام المدين الأصل قد أحال عليه . ويعتبر الدائن ، وفقاً لهذا الرأي ، غير محق في المأقمة في اتفاق لا يضار منه . فإن فعل ، كان متمتاً ، وكان للقاضي أن يجبره على إضفاء حكم هذا الاتفاق إن اقتضى الحال ذلك : منصور بن إندريس في كشف القناع ج ٢ ص ١٨٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٤٠ — ص ١٤١) .

(١) وقد رأينا في بيان تاريخ نص المادة ٣١٦ أن هذا الاعتراض ، لما قام في لجنة مجلس الشيوخ ، قيل في الرد عليه أن النص يتضمن قاعدة شرعية وودت في حديث شريف من النبي صل الله عليه وسلم : فإذا أحيل أحدكم على ملء فليحتل . فأجيب بأن مجال تطبيق القاعدة الشرعية قد تغير ، وأصبحت النفوس مليئة بالشر والمكر ، فهناك أشخاص أغنياء لا يمكن التعامل معهم ولا يمكن انتضاء الحقوق منهم (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٤٢ . وأنظر آنفاً فقرة ٣١٦ في الهامش) .

(٢) وقد رأينا أن لجنة مجلس الشيوخ ذكرت في تقريرها في هذا الصدد ما يأتي « حذفت من الفقرة الأولى عبارة : على أنه لا يجوز للدائن دون مبرر أن يرفض الإقرار إذا كان حقه بعد الحوالة مكفول الوفاء — لأن هذه العبارة تفتح باب المنازعات ، وقد تسبب أضراراً كبيرة للدائن الذي ارتضى أن يعامل المدين دون غيره لأسباب متعددة . رأت اللجنة أن من الأنسب لذلك كله سد هذا الباب ، وهذا لا تكون حوالة الدين نافذة إلا إذا أقرها الدائن (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٤٣ — وأنظر آنفاً فقرة ٣١٦ في الهامش) .

هذا وهناك حالة واردة في المشروع التمهيدي ، هي حالة بيع المتجر بماله من حقوق وماعليه من ديون ، ولم يكن المشروع التمهيدي يشترط فيها رضا الدائن . فقد كانت المادة ٥٧٤ من هذا المشروع تجبر على الوجه الآتي : ١ - إذا بيع متجر بماله من حقوق وماعليه من ديون ، كان المشتري مسئولاً عن الديون بقدر ما كسب من الحقوق . ٢ - ومع ذلك يبقى للمدين الأصل ملزماً هو أيضاً بالديون مدة ثلاث سنوات . ونحسب هذه المدة بالنسبة للديون التي حلت من الوقت الذي يقوم فيه البائع بإعطار الدائنين بالحوالة وبالنسبة للديون التي لم تكن قد حلت —

٣٢٢ - المقرر المرتب على إقرار الرأى للحوالة أو على رفضها :

قلعنا أن الحوالة تنعقد بمجرد تراضى المحال عليه والمدين الأصلي عليها ، وذلك قبل إقرار الدائن لها . فالإقرار الذى يصدر من الدائن إنما يلحق عقداً كامل التكوين ، لا يساهم الإقرار فى تكوينه ، بل كل ما له من أثر هو فى نفاذ الحوالة فى حق الدائن . ومن ثم لا يعتبر الإقرار قبولا ينتج أثره من وقت

= وقت هذا الأخطار من وقت حلولها . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذا النص ما يأتى : « نتناول هذه المادة حكم حوالة الديون عند توقيعها على الاستخلاف على محتويات ذمة من الذم بجهة واحدة ، بوصفها جزافاً ، كما هو الشأن فى بيع شركة أو متجر أو حصة فى هذه أو تلك . ولا يشترط فى الاستخلاف على محتويات الذمة أو المتجر شكل خاص بل تطبق القواعد العامة فى العقود . بيد أنه لا يتيسر للمستخلف أن ينفذ التزامه بنقل عناصر الذمة أو المتجر إلى الخلف بجهة واحدة وإنما يتعين عليه أن ينقل إليه كل عنصر من تلك العناصر إن كانت من قبيل الحقوق وفقاً للأوضاع الخاصة بانتقال هذه الحقوق . وقد استثنى المشروع من نطاق تطبيق القواعد العامة حكم حوالة الديون عند الاستخلاف على محتويات ذمة أو متجر ، فلم يشترط رضا الدائن لانقضاءها مستنداً فى ذلك بما شرع من ضمانات لحماية الدائن . وقد نص على احتفاظ الدائن بحقه فى الرجوع على المدين الأصل بوصفه مدينًا متضامناً مع من يخلفه ، فى خلال ثلاث سنوات تبدأ من تاريخ إخطار الدائنين بالحوالة بالنسبة للديون التى حلت ومن تاريخ حلول الديون غير المستحقة الأداء . فإذا انقضت مدة السنوات الثلاث ، سقط حق الدائن فى الرجوع على المدين الأصل . وغنى عن البيان أن فى هذا الأجل فحة تكفل للدائن حسن القيام على مصالحه . ولا يسأل المحال عليه عن الديون إلا بالنسبة ما آل إليه ، فسؤليته تنحصر على هذا الوجه فى حدود عناصر الذمة التى استخلف عليها ، فإذا لم تكن جميع الأموال قد انتقلت إليه ، جاز تأسيس هذه المسؤولية على ما يكون له من حقوق أو دعاوى فى تلك الأموال . ويسرى حكم هذا النص متى اعتبرت محتويات الذمة التى يقع الاستخلاف عليها جزافاً ، ولا يهم فى ذلك أن تكون بعض الأموال قد أخرجت منها فرادى لاحتفاظ المدين الأصلي بها ، لأن الدائن يستبقى حقه فى الرجوع على هذا المدين فى خلال ثلاثة سنوات كما تقدم بيان ذلك . » هذا وقد اقترح فى لجنة المراجعة حذف هذا النص ، فوافقت اللجنة على حذفه (مجموعة الأعمال التصضيرية ٣ ص ١٦١) . وكانت المادة ٤٥٧ من المشروع التمهيدى مأخوذة من المادة ٤١٩ من التقنين المدنى الألمانى (انظر التعليقات على التقنين المدنى الألمانى جزء أول م ٤١٩ ص ٦٢١ - ص ٦٢٣) — وانظر أيضاً مقال الأستاذين شيرون ومحمد صادق فهمى فى مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩٣١ ص ٥٨ — ص ٥٩ — وانظر فى حالة بيع المتجر المادتين ٢٥ و ٢٦ من التقنين التجارى الألمانى — وانظر فى تقنين الالتزامات السويسرى المادتين ١٨١ و ١٨٢ ومقال الأستاذين شيرون ومحمد صادق فهمى المشار إليه ص ٦٥ — ص ٦٦) .

صدوره ، بل هو إقرار لاتفاق تم من قبل ، فيكون له أثر رجعي يستند إلى وقت انعقاد الحوالة لا إلى وقت صدور الإقرار .

ويترتب على أن للإقرار أثر أرجعياً أنه إذا كان أحد طرفي الحوالة — المدين الأصلي أو المحال عليه — قد أهليه في الفترة ما بين صدور الحوالة وصدور الإقرار ، فإن هذا لا يمنع من صدور الإقرار . وهذا بخلاف ما إذا لم يكن للإقرار أثر رجعي ، فانه يجب في هذه الحالة أن يكون كل من المدين الأصلي والمحال عليه باقيين على أهليتهما إلى وقت صدور الإقرار .

ومتى صدر إقرار الدائن على النحو الذي سبق بيانه ، أصبحت الحوالة نافذة في حقه ، وانتقل الدين بالنسبة إليه من المدين الأصلي إلى المحال عليه . وسنبين ذلك تفصيلاً فيما يلي :

أما إذا رفض الدائن إقرار الحوالة ، بقيت الحوالة قائمة بين المدين الأصلي والمحال عليه على الوجه الذي سمينه . غير أنها لا تنفذ في حق الدائن ، فلا يكون المحال عليه مديناً له مباشرة ، ولا يحق للدائن أن يجبره على الوفاء (١) . ثم إن الدائن ، إذا رفض إقرار الحوالة ، لا يستطيع العودة إلى إقرارها بعد الرفض .

الفرع الثاني

اتفاق الدائن والمحال عليه

٣٢٣ — النصوص القانونية : تنص المادة ٣٢١ من التقنين المدني

على ما يأتي :

(١) وقد كان المشروع التمهيدي يشتمل على نص في هذا المعنى ، هو الفقرة الأولى من المادة ٤٤٦ من هذا المشروع ، وكانت تجرى على الوجه الآتي : « إذا رفض الدائن الإقرار ، كانت الحوالة غير نافذة في حقه » . فحذف هذا النص في لجنة المراجعة ، لأنه مجرد تكرار للفقرة الأولى من المادة ٣١٦ مدني ، إذ تنص هذه الفقرة على أنه « لا تكون الحوالة نافذة في حق الدائن إلا إذا أقرها » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٢٧ — ص ١٢٨ في الخامس) .

١١ - يجوز أيضاً أن تم حوالة الدين باتفاق بين الدائن والمحال عليه
يقرر فيه أن هذا محل محل المدين الأصلي في التزامه .

٢١ - وتسرى في هذه الحالة أحكام المادتين ٣١٨ و ٣٢٠ (١) .
ولامقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، لأن هذا التقنين لم ينظم
حوالة الدين كما قدمنا .

ويقابل هذا النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني
السوري المادة ٣٢١ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٠٨ - وفي التقنين المدني
العراق المادة ٣٤١ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ١/١٨٧ (٢) .
ويتبين من هذا النص أن هناك بصورة ثانية لانعقاد الحوالة . بل إن هذه
هي الصورة الأصلية ، لأن رضا الدائن فيها يساهم في تكوين الحوالة ،
لا في نفاذها فحسب . وهذه الصورة هي اتفاق مباشر بين الدائن والمحال عليه ،
دون حاجة إلى رضا المدين الأصلي لا في انعقاد الحوالة ، بل ولا في نفاذها
في حق هذا المدين .

فتبين إذن : (١) كيف يتم الاتفاق بين الدائن والمحال عليه على الحوالة
(٢) وما أثر هذا الاتفاق بالنسبة إلى المدين الأصلي .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٤٤٥ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق
لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٣٢٣ من المشروع النهائي .
ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٣٢١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣
ص ١٥٧ وص ١٥٩) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٣٢١ (مطابقة لمادة ٣٢١ من التقنين المدني المصري) .
التقنين المدني الليبي م ٣٠٨ (مطابقة لمادة ٣٢١ من التقنين المدني المصري) .
التقنين المدني العراق م ٣٤١ : يصح عقد الحوالة بين الدائن والمحال عليه . ويلزم المحال
عليه بالأداء ، ولكن ليس له الرجوع على المدين الأصل إلا إذا أقر المدين الحوالة .
(وهذا الحكم يتفق مع حكم التقنين المصري . غير أن رجوع المحال عليه على المدين الأصلي
في التقنين المصري جائز بقاعدة الإثراء بلا سبب حتى لو لم يقر المدين الحوالة) .
تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ١/٢٨٧ : انتقال دين المدين يحصل إما بالاتفاق بين
الدائنين ومن يأخذ الدين على حاتفه ، وإما بالاتفاق بين هذا والمدينون .
(وهذا الحكم يتفق مع حكم التقنين المصري) .

٣٢٤ — كيف يتم الاتفاق بين المائتين والمائة : هذه الصورة

الثانية لحالة الدين تمتاز عن الصورة الأولى في أن الدائن — وهو صاحب الدين — هو الذى يتولى بنفسه تحويل الدين الذى له من ذمة مدينه الأصل إلى ذمة المالح عليه (١) . فالانفاق يتم إذن مباشرة بين الدائن والمدين الجديد ، وبموجبه يتحول الدين من ذمة المدين القديم إلى ذمة المدين الجديد ، دون حاجة إلى رضاء المدين القديم .

وليس للاتفاق شكل خاص ، فأى تعبير عن الإرادة يكتفى . وقد يكون تراضى الطرفين صريحاً ، كما يكون ضمنياً . فاذا عرض المالح عليه على الدائن الوفاء بجزء من الدين باعتباره هو المدين ، لا باعتباره نائباً عن المدين الأصل ، وقبل منه الدائن دون تحفظ هذا الوفاء ، فقد انعقدت حوالة الدين بتراض ضمنى ، وتحول الدين إلى ذمة المالح عليه ، ولزمه أن يوفى للدائن بالباقي منه .

ويجب أن يقع اتفاق الحوالة على الدين ذاته ، حتى ينتقل الدين بجميع ضماناته وصفاته وبجميع دفعه إلى المدين الجديد ، وذلك تطبيقاً للمادتين ٣١٨ و ٣٢٠ مدنى اللتين تسريان فى الصورة التى نحن بصدددها ، كما تنص على ذلك الفقرة الثانية من المادة ٣٢١ مدنى (٢) .

ومن ثم يجب أن يكون الاتفاق متمحضاً بنية الحوالة . إذ يصح أن يتفق الطرفان ، لا على حوالة الدين ، بل على تجديده . وقد عرفنا الفرق بين الحوالة والتجديد ، ففى الحوالة ينتقل الدين نفسه إلى ذمة المدين الجديد ، أما فى التجديد فيقتضى الدين الأصل ويحل محله دين جديد . ونية الحوالة هى التى تميز الاتفاق على حوالة الدين عن الاتفاق على التجديد ، فان التجديد يتم أيضاً ، كما سنرى ،

(١) أما فى الصورة الأولى ، فإن المدين هو الذى يحول الدين من ذمة إلى ذمة المدين الجديد ، ولذلك اقتضت هذه الصورة رضاء الدائن حتى تكون الحوالة نافذة فى حقه . ولم تقتض الصورة الثانية التى نحن بصدددها رضاء المدين الأصل ، ولو لتكون الحوالة نافذة فى حقه ، فإن الحوالة تنعقد فى هذه الصورة الثانية نافذة فى حق المدين الأصل بمجرد انعقادها ودون حاجة إلى رضائه كما سنرى .

(٢) المذكورة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٥٨ .

باتفاق بين الدائن والمدين الجديد . وقد كان هذا التمييز نهاية لتطور طويل في القانون ، إذ كان الاتفاق على التجديد هو المعروف وحده ، ثم عرف بعد ذلك التعهد بوفاء الدين (expromissio) ، وتطور هذا التعهد إلى أن أصبح اتفاقاً على الحوالة (١) .

كذلك يجب التمييز بين الاتفاق على الحوالة على النحو الذي قدمناه والاتفاق على أن يكون المدين الجديد مضافاً إلى المدين الأصلي ومتضامناً معه في الدين ، ففي هذه الحالة الأخيرة لا ينتقل الدين إلى ذمة المدين الجديد ، بل يبقى في ذمة المدين الأصلي ، ويتضامن معه فيه مدين جديد (٢) .

٣٢٥ — أثر الاتفاق بالنسبة إلى المدين الأصلي : قلنا أن هذا

الاتفاق لا يقتضي اشتراك المدين الأصلي فيه ولا إقراره له ، فرضاؤه غير ضروري لا لانقضاء الحوالة ولا لئلاؤها في حقه . ذلك أنه من القواعد المقررة أنه يجوز لأجنبي أن يني بالدين دون رضا المدين (المادة ٣٢٣ مدني) ، ومتى قبل الدائن الوفاء ، ولو عارض المدين ، انقضى الدين ، وكان للأجنبي الذي وفاه الرجوع على المدين الأصلي بمقتضى قواعد الإثراء بلا سبب إذا كان الوفاء بغير علمه أو برغم إرادته . ويقاس على الوفاء الحوالة ، والأجنبي هنا — وهو المحال عليه أو المدين الجديد — لم يف بالدين فعلاً ، بل اتفق مع الدائن على أن ينقله إلى ذمته . فينتقل الدين بهذا الاتفاق ، وتبرأ ذمة المدين الأصلي ، رضى بالحوالة أو لم يرض ، علم بها أو لم يعلم ، فالاتفاق يسرى في حقه دون أن

(١) أنظر في هذا المعنى التعليلات على التتبعين المدف الألمانى جزء أول م ١٤٤ ص ٦٠١ —

ص ٦٠٢ .

(٢) وفي هذا المعنى تقول المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى : « ولا يشترط لانقضاء الحوالة في هذه الصورة شكل خاص ، بل تسرى للقواعد العامة بشأن إثبات انقضاءها ، كما أن الرضاء فيها قد يكون صريحاً أو ضمنياً . بيد أنه يشترط على أى حال أن يفرغ رضاء الطرفين بحيث يتيسر لدائن أن يفهم أن المحال عليه لم يقصد إلى الاشتراك في المسئولية من الدين ، أو إلى الالتزام به على سبيل التضامن ، بل إلى إحلال نفسه محل المدين الأصلي في أدائه » (مجموعة الأعمال الصحفية ٣ ص ١٥٧ — ص ١٥٨) .

يكون طرفاً فيه بل ودون أن يقره ، لأنه يتمتع لمصلحته (١) . ومن ذلك ترى أن الحوالة في هذه الصورة الثانية ، بخلاف الصورة الأولى ، تنعقد نافذة فوراً في حق المدين الأصلي بمجرد انعقادها ودون حاجة إلى إقرار هذا المدين .

يبد أن عدم اشتراك المدين الأصلي في الحوالة يظهر أثره في أمرين : (الأمر الأول) رجوع المحال عليه على المدين الأصلي بما وفاه للدائن . ففي الصورة الأولى التي تتم برضاء المدين الأصلي بموجب اتفاق بينه وبين المحال عليه ، يحدد هذا الاتفاق كيف يرجع المحال عليه على المدين الأصلي بما يوفيه للدائن على النحو الذي سنبينه فيما يلي . أما هنا في الصورة الثانية التي نحن بصدها فالمدين الأصلي لم يتدخل في الحوالة ، فيكون رجوع المحال عليه بالمدين الذي وفاه عنه غير قائم على أى اتفاق بينهما ، فلا يبقى إلا أن يرجع عليه بقاعدة الإثراء بلا سبب . (والأمر الثاني) ضمان المدين الأصلي ليسار المحال عليه . ففي الصورة الأولى التي تتم باتفاق بين المدين الأصلي والمحال عليه ، تقضى المادة ٣١٩ مدني بأن « يضمن المدين الأصلي أن يكون المحال عليه موسراً وقت إقرار الدائن للحوالة ، ما لم يتفق على غير ذلك » . أما في الصورة الثانية التي نحن بصدها ، حيث لا يتدخل المدين الأصلي في الحوالة ، فلا ضمان عليه ، وقد رأينا الفقرة الثانية من المادة ٣٢١ مدني تقضى ، في هذه الصورة الثانية ، بسريان المادة ٣١٨ (انتقال الدين بضماناته) والمادة ٣٢٠ (انتقال الدين بدفوعه) دون المادة ٣١٩ (ضمان اليسار) . وهذا أمر طبيعي ، ف ضمان المدين الأصلي ليسار المحال عليه وقت إقرار الدائن للحوالة لا يكون إلا إذا كان هذا المدين قد اشترك في الحوالة ورضى بها ، أى في الصورة الأولى . أما إذا لم يشترك فيها ، كما هي الحال في الصورة الثانية ، فلا محل لهذا الضمان .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للشرح التمهيدى في هذا المعنى ما يأتي : « ولا يشترط رضاء المدين الأصل بالحوالة في هذه الصورة ، فهي تنعقد صحيحة سواء أقرها أو مانع فيها ، وذلك أنها تنعقد لمنفعة ، إذ يترتب عليها أن تبرأ ذمته من الالتزام » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٥٨) .

الفصل الثاني

الآثار التي تترتب على حوالة الدين

٣٣٦ - **عقوبات متنوعة** : هنا أيضاً ، كما في حوالة الحق ، إذا

انعدت حوالة الدين تقوم علاقات متنوعة تتناول كلا من الدائن والمدين الأصلي والمحال عليه .

وتختلف حوالة الدين عن حوالة الحق في أن هذه العلاقات لا تتناول الغير . ذلك أن الغير في حوالة الحق هو ، كما قلنا ، كل شخص كسب حقاً على الحق المحال به ، كحال له ثان أو دائن حاجز ، ولا يتصور « غير » على هذا النحو في حوالة الدين (١) .

فستعرض : (١) علاقة الدائن بالمحال عليه (٢) علاقة الدائن بالمدين الأصلي (٣) علاقة المدين الأصلي بالمحال عليه .

(١) وإذا انعدت الحوالة باتفاق بين المدين الأصلي والمحال عليه وأقر الدائن الحوالة ، فقد انتقل الدين إلى ذمة المحال عليه بالنسبة إلى الدائن نفسه بمجرد إقراره . فإذا فرض أن المدين الأصلي اتفق مع شخص آخر على أن يحول له الدين ، بعد الاتفاق الأول الذي أقره الدائن ، فإن الدين ، وقد سبق أن تحول إلى ذمة المحال عليه الأول بالحوالة الأولى ، لا يمكن أن يتحول مرة أخرى إلى ذمة المحال عليه الثاني ، لأن المدين الأصلي وقت الحوالة الثانية لم يكن مديناً .

وغنى من البيان أن المدين الأصلي إذا عقد حوالتين متعاقبتين مع شخصين مختلفين ، فإية حوالة منهما يقرها الدائن أولاً هي التي تسرى . ولا عبرة بالحوالة الثانية بالنسبة إلى الدائن ، وإن كانت هذه الحوالة الثانية تبقى قائمة بين المدين الأصلي والطرف الآخر فيها .

وهذا هو الحكم أيضاً فيما إذا عقدت حوالتان متعاقبتان ، أحدهما أو كليهما باتفاق بين الدائن والـ ، فإية حوالة منهما رضى الدائن بها أو أقرها أولاً هي التي تسرى .

الفرع الأول

علاقة الدائن بالمحال عليه

٣٢٧ — مسائل مهمات : نفرض هنا أن الحوالة قد انعقدت ونفذت

في حق الدائن ، إما بأن تكون قد انعقدت باتفاق بين المدين الأصلي والمحال عليه ثم أقرها الدائن (١) كما هو الأمر في الصورة الأولى ، وإما بأن تكون قد انعقدت نافذة فوراً في حق الجميع وذلك باتفاق بين الدائن والمحال عليه كما هو الأمر في الصورة الثانية .

في هذا الفرض ينتقل الدين ، كما قلنا ، من ذمة المدين الأصلي إلى ذمة المحال عليه . فيستخلف المدين الأصلي المحال عليه في الدين نفسه ، ومن ثم تنتقل مع الدين ضماناته ودفعه .

فعدنا إذن مسائل ثلاث : (١) استخلاف المحال عليه في الدين ، أي حلول المحال عليه محل المدين الأصلي في الدين (٢) انتقال الدين بضماناته (٣) انتقال الدين بدفعه .

المبحث الأول

حلول المحال عليه محل المدين الأصلي في الدين

٣٢٨ — ما يترتب على هذا الحلول : متى صارت حوالة الدين نافذة

في حق الدائن ، يحل بالنسبة إليه المحال عليه محل المدين الأصلي في الدين . ويترب على ذلك : (١) أن تبرأ ذمة المدين الأصلي قبل الدائن (٢) وأن ينتقل الدين نفسه إلى المحال عليه .

(١) أما قبل إقرار الدائن ، فقد قلنا أن الحوالة لا تكون نافذة في حق ، ويكون "ا" عليه أجنبياً بالنسبة إليه ، ويبقى المدين الأصلي هو المدين تجاه الدائن .

٣٣٩ — براءة ذمة المدين الأصلي قبل الدائن : براءة ذمة المدين

الأصلي قبل الدائن هي النتيجة الحتمية المترتبة على انتقال الدين من ذمته إلى ذمة المحال عليه . وتم براءة الذمة هذه من وقت انعقاد الحوالة في كل من صورتها . ذلك أن الحوالة إذا انعقدت باتفاق بين الدائن والمحال عليه ، فإنها تنعقد نافذة مباشرة في حق الدائن ، فتبرأ ذمة المدين الأصلي من وقت انعقاد الحوالة . وإذا هي انعقدت باتفاق بين المدين الأصلي والمحال عليه ، فإنها لا تصبح نافذة في حق الدائن إلا بإقراره كما قلنا ، ولكن هذا الإقرار ينسحب أثره إلى وقت انعقاد الحوالة كما سبق القول ، فتستند براءة ذمة المدين الأصلي في هذه الصورة أيضاً إلى وقت انعقاد الحوالة (١) .

وغنى عن البيان أن ذمة المدين الأصلي تبرأ على النحو الذي قلناه دون حاجة إلى أن يصرح الدائن بذلك ، فإن هذا المعنى مستفاد من رضائه بالحوالة في الصورة الأولى ومن إقراره لها في الصورة الثانية (٢) .

ويترتب على أن ذمة المدين الأصلي تبرأ من وقت انعقاد الحوالة نتيجتان هامتان :

(١) تعتبر هذه البراءة نهائية من وقت انعقاد الحوالة . فلو أن المحال عليه ، وقد انتقل الدين إلى ذمته من هذا الوقت ، أعسر بعد ذلك ولم يستطع الدائن أن يستوفى منه الدين ، فإن الدائن لا يستطيع الرجوع بالمدين على المدين الأصلي بعد أن برئت ذمته من الدين كما قلنا . وهذا ظاهر في حالة انعقاد الحوالة باتفاق بين الدائن والمحال عليه ، فإن المدين الأصلي لا يكون مسئولاً حتى

(١) وقد كان المشروع التمهيدى لتقنين المدين الجديد يتضمن نصاً في هذا المعنى هو المادة ٤٥٠ من هذا المشروع ، وكانت تجرى على الوجه الآتي : ١ - إذا أقر الدائن الحوالة ، برئت ذمة المدين الأصلي ، وحل محله المحال عليه . ٢ - وينسحب أثر الإقرار اليوم الذي تم فيه الاتفاق بين المدين الأصلي والمحال عليه . وقد حذفت هذا النص في لجنة المراجعة ، لأنه مجرد تطبيق لقواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٤٤ هامش رقم ١) .

(٢) انظر المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣

عن ضمان يسار المحال عليه كما قلنا . أما في حالة الحوالة باتفاق بين المدين الأصلي والمحال عليه ، فنرى أن المدين الأصلي يضمن للدائن أن يكون المحال عليه موسراً وقت إقرار الدائن للحوالة (م ٣١٩ مدني) . فلو أصر المحال عليه بعد انعقاد الحوالة وقبل إقرار الدائن لها ، فإن الدائن ، وإن كان لا يرجع على المدين الأصلي بالمدين ذاته ، إلا أنه يرجع عليه بالضمآن . وإذا كان إصرار المحال عليه تالياً لإقرار الدائن للحوالة ، فليس للدائن بغير اتفاق خاص أن يرجع حتى بالضمآن على المدين الأصلي (١) .

(٢) تبرأ ذمة المدين الأصلي من وقت انعقاد الحوالة ، وتنشغل ذمة المحال عليه بالمدين من هذا الوقت ، بحيث لو زالت عن المحال عليه أهليته بعد انعقاد الحوالة وقبل الإقرار ، في إحدى صورتى الحوالة ، لم يكن لذلك أثر في صحة التزامه بالمدين قبل الدائن ولا في براءة ذمة المدين الأصلي ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك . ومن باب أولى لو أن الحوالة انعقدت ، في الصورة الأخرى ، باتفاق بين الدائن الأصلي والمحال عليه ، وفقد المحال عليه أهليته بعد ذلك ، فإن فقدان أهليته لا يؤثر في صحة التزامه نحو الدائن بعد أن تم التعاقد بينهما على انتقال الدين إلى ذمته . ولو نشأ دين ، في الفترة ما بين انعقاد الحوالة وإقرار الدائن لها في الصورة الأولى من صورتى الحوالة ، لصالح المدين الأصلي في ذمة الدائن ، فإن المقاصة ، بعد إقرار الدائن للحوالة واستناد هذا الإقرار إلى وقت انعقادها ، لاتقع بين الحق المحال به وهذا الدين الذي نشأ . ذلك أن الدين المحال به يكون قد انتقل بإقرار الدائن للحوالة إلى ذمة المحال عليه فلم تعد ذمة المدين الأصلي مشغولة به ، ويستند هذا الأثر إلى وقت انعقاد الحوالة أى إلى وقت سابق على نشوء الدين لصالح المدين الأصلي في ذمة الدائن ، فلا تقع المقاصة بين الدينين . ومن باب أولى لو أن الحوالة انعقدت ، في الصورة الثانية ، باتفاق بين الدائن الأصلي والمحال عليه ، فإن الدين المحال به ينتقل بمجرد هذا الاتفاق إلى ذمة

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع المتهدى في هذا الصدد : « وتعتبر البراءة نهائية ، فلو أصر المدين الجليلد فيما بعد ، فليس للدائن أن يرجع على الأصلي » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٥٢) .

المحال عليه ولا تعود ذمة المدين الأصلي مشغولة به ، فلو نشأ دين بعد ذلك لصالح المدين الأصلي في ذمة الدائن لم تقع مقاصة بينه وبين الدين المحال به (١) .

٣٣٠ — انتقال الدين نفسه الى المحال عليه : وبراءة ذمة المدين الأصلي من الدين إنما هي نتيجة ترتبت على انتقال هذا الدين نفسه إلى ذمة المحال عليه كما قدمنا . والدين الذي ينتقل هو نفس الدين الذي كان في ذمة المدين الأصلي ، وينتقل بصفاته وضمائنه ودفعه . وسرى فيما يلي كيف تنتقل الضمانات والدفع .

أما انتقال الدين بصفاته ، فنله أن يكون الدين معلقاً على شرط أو مضافاً إلى أجل ، فينتقل بشرط أو أجله (٢) . ومثله أيضاً أن يكون الدين تجارياً فينتقل على هذا الوصف ، أو أن يكون منتجاً لقوائد فينتقل منتجاً للقوائد بنفس السعر وبنفس الشروط ، أو أن يكون قد بدأ سريان التقادم ضده فينتقل والتقادم مستمر في سريانه إلى أن يعترضه وقف أو انقطاع ، أو أن يكون مقترناً بسند تنفيذي كحكم قابل للنفاذ أو ورقة رسمية فينتقل قابلاً للتنفيذ بهذا السند نفسه .

وينتقل الدين على هذا النحو إلى ذمة المحال عليه من الوقت الذي تبرأ فيه ذمة المدين الأصلي ، أي من وقت انعقاد الحوالة على الوجه الذي قدمناه .

(١) ونقول المذكورة الإيضاحية للشروع التمهيني في هذا الصدد : « متى أقر الدائن الحوالة بجرى الحكم كما لو كان هذا الدائن قد اشترك في التعاقد الذي تم من قبل بين المدين والمحال عليه ... ويرأى أن أثر براءة ذمة المدين الأصلي والتزام المدين الجديد قبل الدائن ينسحب إلى هذا التاريخ ، فلوزالت عن المحال عليه أعليته بعد انعقاد الحوالة وقبل الإقرار ، فلا يكون لذلك أثر في صحة التزامه قبل الدائن ، لأن الدائن يعتبر طرفاً في التعاقد السابق . ولو نشأ سبب من أسباب المقاصة لصالح المدين الأصلي في هذه الفترة ، فلا يجوز التمسك بمثل هذا السبب ، إذ المفروض أن الأصل قد برئت ذمته من قبل » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٥٢) .

(٢) وتنص المادة ٣٤٧ من القانون المدني العراقي في هذا المعنى على ما يأتي : « يتحول الدين على المحال عليه بصفته التي على المدين ، فإن كان حالاً تكون الحوالة به حالة ، وإن كان مؤجلاً تكون مؤجلة » .

ومن هذا الوقت لا يستطيع الدائن أن يستوفى الدين إلا من المحال عليه (١) .
وليس له أن يطالب المدين الأصلي بشيء (٢) . والدائن أن يستوفى الدين من المحال
عليه بأى سبب من أسباب الاستيفاء : بالوفاء ، أو بالمقاصة ولو نشأ الدين
الجلديد في ذمة الدائن لصالح المحال عليه في الفترة ما بين انعقاد الحوالة وإقرار

(١) وفي الفقه الإسلامى ، يوجد ، كما قلنا ، ضرب من الحوالة يعرف بالحوالة المقيدة .
وصورتها أن يتفق كل من المدين الأصل والمحال عليه والدائن على أن يستوفى الدائن الدين الذى
في ذمة المدين الأصل من دين في ذمة المحال عليه لهذا المدين الأصل ، فتتبدل حوالة الدين باستيفائه
من دين آخر للمدين الأصل في ذمة المحال عليه . وقد ورد في التتئين المدنى الرأى طائفة من
التنصرى في هذه الحوالة المقيدة ، نكتفى بإيرادها فيما يلى :

م ٣٥٢ عراقى : إذا اشترط المكيل في الحوالة ان يبيع المحال عليه مئناً مملوكة للمكيل ويؤدى
الدين المحال به من ثمنها وقبل المحال له الحوالة بهذا الشرط ، صحت الحوالة ، ولا يجبر المحال
عليه على الدفع قبل البيع ، ويجبر على البيع وتأدية الدين من الثمن .

م ٣٥٣ عراقى : ١ - إذا سقط الدين الذى قيدت به الحوالة بأمر عارض بعدها ، فلا تبطل
الحوالة . فلو أحال البائع غريمه على المشتري بشئ المبيع ، فهلك المبيع عند البائع قبل تسليمه
للمشتري وسقط الثمن منه ، أورد المبيع بخيار عيب أو غيره ، فلا تبطل الحوالة ، ويكون
للمحال عليه بعد الأداء الرجوع بما آداه . ٢ - أما إذا سقط الدين الذى قيدت به الحوالة بأمر
سابق عليها ، وتبينت براءة المحال عليه منه ، فإن الحوالة تبطل . فلو أحال البائع غريمه على
المشتري بشئ المبيع ، ثم استحق المبيع للغير ، بطلت الحوالة وعاد الدين على المكيل .

م ٣٥٤ عراقى : في كل موضع ورد فيه استحقاق المبيع الذى أحيل بشئته ، إذا أدى المحال
عليه الثمن ، كان له الخيار في الرجوع ، إن شاء رجع على المحال له القابض ، وإن شاء رجع
على المكيل .

م ٣٥٥ عراقى : ١ - إذا أحال المدين غريمه على الوديع حوالة مقيدة بالعين المودعة عنده ،
فهلكت الوديعة قبل أدائها للمحال له بلا تعد من الوديع ، بطلت الحوالة وعاد الدين على المكيل .
واستحقاق الوديعة للغير يبطل للحوالة كهلاكها . ٢ - فإن كان هلاك الوديعة بتقصير الوديع
أو تمديه ، فلا تبطل الحوالة .

م ٣٥٦ عراقى : ١ - إذا حال المدين غريمه على الغاصب حوالة مقيدة بالعين المنصوبة ،
فهلكت العين في يد الغاصب قبل أدائها للمحال له ، فلا تبطل الحوالة . ٢ - فإن استحققت العين
المنصوبة للغير ، بطلت الحوالة وعاد المحال له بمقتضى الحيل .

أنظر أيضاً الفقرتين ٢ و ٣ من المادة ٣٣٩ عراقى وقد سبق ذكرهما : آنفاً فقرة ٣١٢
في الهامش .

(٢) وتنص المادة ٣٤٦ من التتئين المدنى الرأى في هذا المعنى على ما يأتى : « إذا قبل
المحال له الحوالة ورضى المحال عليه بها ، برىء المكيل من الدين ومن المطالبة مئاً ، وثبت للمحال
له حق مطالبة المحال عليه » .

الدائن لها ، أو بالتجديد ، أو بإتخاذ الذمة ، أو بالإبراء ، أو بغير ذلك (١) .

المبحث الثاني

انتقال الدين الى المحال عليه بضماناته

٣٣١ - النصوص القانونية : تنص المادة ٣١٨ من التقنين المدني

على ما يأتي :

(١) وتنص المادة ٣٥٠ من التقنين المدني للعراق في هذا المعنى على ما يأتي : « تبرأ ذمة المحال عليه من الدين بأداء المحال به ، أو بحوائله إياه على آخر ، أو بالإبراء أو بإتخاذ الذمة ، أو بأي سبب آخر يقضى الالتزام » .

وإذا أراد الدائن استيفاء الدين من المحال عليه ، فوجده معسراً إصارعاً جزئياً ، زاحم بقية دائني المحال عليه ، وما بق له من الدين بعد ذلك يرجع به على المدين الأصلي إن كان له حق الرجوع عليه بالضمان ، وذلك فيما إذا أصر المحال عليه قبل إقرار الدائن للحوالة (م ٣١٩ مدني) . وفي هذا المعنى تنص المادة ٣٥١ من التقنين المدني للعراق على ما يأتي : « إذا مات المحال عليه مديناً ، يقسم ماله بين الورثاء وبين المحال له بالحصص ، وما بق للمحال له بعد القسمة يرجع به على المصيل إذا كان له حق الرجوع » .

وبدیهی أن نص التقنين العراقي السالف الذكر لا يمرض لحالة ما إذا كان الدين المحال به مضموناً برهن أو بامتنياز أو بأي تأمين آخر . فإن كان مضموناً بشئ من ذلك ، فإن مزاحمة دائني المحال عليه لدائن لا تنقطع فيما يتعلق بمال المحال عليه ، وتنقطع بدهائه فيما يتعلق بالضمان فلا يزاحم دائنو المحال عليه الدائن في المان المثلث برهن أو امتياز أو نحو ذلك . والفريق أن الأستاذ حسن الذنون يأخذ على المادة ٣٥١ من التقنين المدني للعراق أنها لم تذكر هذا الأمر البديهي ، وهي لو ذكرته لكان هذا فضلاً ليس له مجرى وتزيده لا محل له . والأغرب من ذلك أن الأستاذ ينفي في هذه المناسبة على التقنين المدني العراقي أنه لم يوفق في الجمع بين الفقه الإسلامي والفقه الغربي ، فيقول في صدد هذا النص : « وهذا مثل آخر من أمثلة كثيرة جداً (كذا) تدل دلالة واضحة على عدم توفيق المشرع في الجمع بين الفقهين الإسلامي والمدني جمعاً غير متناظر ولا متناقص » (أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ٢٣٦) . ونحسب أن الأستاذ حسن الذنون قد تسرع في تقديمه هذا الحكم ، وكان واجب الأنصاف يقتضيه أن يكون أدق نظراً وأوسع أحاطة قبل أن ينفي على التقنين المدني العراقي تناقضاً لا وجود له . أما المسألة التي أثارها في خصوص حق الامتنياز العام ، كاستياز المبالغ المستحقة للخدم والكتابة والمال وكل أكبر آخر وكاستياز الثقة المستحقة في ذمة المدين ، وقد جزم الأستاذ أن هذا ينتقل باعتباره وصفاً للدين إلى مال المحال عليه بعد الحوالة ، فهذه مسألة لا تزال محل نظر ، وسنشير إليها فيما يلي (انظر فقرة ٣٣٢ في الهامش) .

١ - تبقى للدين الحال به ضماناته .

٢ - ومع ذلك لا يبق الكفيل ، عينياً كان أو شخصياً ، ملتزماً قبل الدائن إلا إذا رضى بالحوالة (١) .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، لأن هذا التقنين لم ينظم حوالة الدين كما سبق القول .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى: في التقنين المدني السوري المادة ٣١٨ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٠٥ - وفي التقنين المدني العراقي المادة ٣٤٨ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٢٨٨ (٢) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٤٥١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا عبارة وردت في آخر الفقرة الأولى من المشروع التمهيدى هذا نصها : « بالرغم من تغيير شخص المدين » . وفي لجنة المراجعة حذفت هذه العبارة لعدم ضرورتها ، وأصبح النص كامل التطابق ، وصارقه ٣٢٠ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس للشيخ تحت رقم ٣١٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٤٦ - ص ١٤٧) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٣١٨ (مطابقة لسادة ٣١٨ من التقنين المدني المصرى) .

التقنين المدني الليبي م ٣٠٥ (مطابقة لسادة ٤١٨ من التقنين المدني المصرى) .

التقنين المدني العراقي م ٣٤٨ : ١ - تبقى للدين الحال به ضماناته بالرغم من تغيير شخص المدين ، فإذا أحال الراهن المرتهن بالدين على آخر أو أحال المشتري البائع بالثمن على آخر ، فلا يسقط حق المرتهن في الرهن ، ولا حق البائع في حبس المبيع . أما إذا أحال المرتهن غريباً له على الراهن ، فإن حقه في الرهن يسقط ولا يكون رهناً للمحال له ، وكذا إذا أحال البائع غريباً له على المشتري بالثمن يسقط حقه في حبس المين المبيعة . ٢ - على أن من كفل الدين الحال به كفالة شخصية أو عينية لا يكفل الحال عليه ، إلا إذا رضى الكفيل بالحوالة .

(وهذا النص حكمه يتفق مع حكم نص التقنين المصرى . وسنعرض فيما يلى إلى الحالة التى يحول الدائن فيها على مدينه ديناً في ذمته لدائن له ، فيحيل المرتهن غريباً له على الراهن أو يحيل البائع غريباً له على المشتري بالثمن ، وسنرى أن الحكم المنصوص عليه في الفقرة الأولى من المادة ٣٨٤ من التقنين المدني العراقي خاصاً بهذه الحالة ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٢٨٨ : إن التأمينات الميعة تبقى قائمة بعد انقضاء الدين . أما التأمينات الشخصية فتسقط ، إلا إذا وافق المستولون على الاتفاق على عقد .

والنص . كما نرى ، يعرض للنوعين من الضمانات : (١) الضمانات العينية التي تأتي من جهة المدين الأصلي (٢) والضمانات الشخصية أو العينية التي يقدمها كفيل من المدين الأصلي للدائن .

٣٣٢ - الضمانات العينية التي تأتي من جهة المدين الأصلي :

قد يكون المدين الأصلي قدم للدائن ضماناً للمدين ، رهناً رسمياً أو رهناً حيازياً . أو يكون الدين مضموناً بحق امتياز أو حق اختصاص يمثل عيناً مملوكة للمدين . فنقتل كل هذه الضمانات العينية مع الدين لمصلحة الدائن (١) .

= (وهذا النص حكمه ينفق في جلته مع حكم التقنين المصري ، إلا أن عبارة «التأمينات العينية» الواردة في التقنين اللبناني واسعة ، فهي تشمل الكفيل العيني ، والكفيل العيني في التقنين المصري لا يضمن المحال عليه إلا إذا رضى بالحالة : انظر الدكتور صبحي محمصاني في انتقال الالتزام في القانون المدني اللبناني ص ٥٥) .

(١) أما التقنين المدني الألماني ، فإن المادة ٤١٨ منه تقضى بأن حوالة الدين تنهى الكفالة ووهن الحياة القدين كانوا يضمنان الدين قبل الحوالة . وإذا وجد رهن رسمي كان ضماناً للمدين قبل حوالة ، فإن رضاه الدائن بالحوالة يكون بمثابة نزول منه عن هذا الرهن . ولكن هذه الأحكام لا تسرى إذا كان الكفيل الشخصى ، أو من كان مالكا وقت الحوالة لعين المرهونة في الدين ، قد رضى بالحوالة . وإذا كان للمدين امتياز التقدم على غيره من الديون عند إفلاس المدين ، فإن هذا الامتياز لا يجوز انتمسك به في مال المحال عليه إذا أفلس - ويقول الملقون على التقنين المدني الألماني في صدد هذا النص ما يأتي : ١ - إن الرهن الذي رتبته للمدين على حين مملوكة له ضماناً للمدين يبقى ضماناً له بعد الحوالة ، إذا كان المدين هو الذي عقد الحوالة مع المحال عليه وأقرها الدائن . أما إذا كانت الحوالة قد تمت باتفاق بين الدائن والمحال عليه ولم يشترك فيها المدين ، فرضا الدائن بالحوالة مع عدم اشتراك المدين فيها بعد نزولاً منه عن الرهن . (٢) في حالة ما إذا رتب المدين رهناً رسمياً على عقار مملوك له لضمان الدين ، ثم انتقلت ملكية العقار إلى أجنبي (حائز للعقار) قبل الحوالة ، فإن الرهن لا يكون ضماناً للمدين بعد الحوالة ، ولو انضمت بالاتفاق مع المدين الأصل ، إلا إذا رضى الحائز للعقار أيضاً بهذه الحوالة . ذلك أن قبول الدائن للحوالة دون أن يرضى بها الحائز للعقار يعد بمثابة نزول من الدائن عن الرهن . ٣ - لا يضمن الكفيل ، شخصياً كان أو عينياً ، الدين بعد انتقاله بالحوالة إلى ذمة المحال عليه ، إلا إذا رضى بهذه الحوالة . ٤ - حق الامتياز الذي يكون ضماناً للدائن قبل الحوالة ، ولو كان حق امتياز عام ، لا ينتقل إلى مال المحال عليه بعد الحوالة . ذلك أن حق الامتياز أسبقية يقرها القانون للمدين الممتاز ، فلا يصح أن يسبق للدائن المحال دائرته المصال عليه في مال هذا الأخير بمقتضى أسبقية قررها القانون في مال آخر غير هذا المال . انظر في كل ذلك التعليقات على التقنين المدني الألماني جزء أول م ٤١٨ ص ٦١٧ - ص ٦٢١ .

فإذا كان المدين الأصلي قدم عقاراً مرهوناً رهناً رسمياً أو حيناً مرهونة
رهن حيازة ضماناً لدينه ، ثم تحول الدين إلى ذمة المحال عليه - سواء كان ذلك
باتفاق المدين الأصلي مع المحال عليه وإقرار الدائن أو كان باتفاق مباشر بين الدائن
والمحال عليه (١) - ببق هذا الدين مضموناً بالرهن الرسمي أو رهن الحيازة
كما كان وهو في ذمة المدين الأصلي . ويصبح المدين الأصلي في هذه الحالة بمثابة

= وأما تقنين الالتزامات السويسري ، فتقتضي المادة ١٧٨ منه ، على العكس من التقنين المدنى
الألماني ، بأن التأمينات التي كانت تضمن الدين قبل الحوالة تبقى ضامنة له بعدما ، ومع ذلك
لا يكون الكفيل ، شخصياً كان أو حينياً ، ضامناً للدين بعد حوالته إلا إذا رضى بالحوالة .
ونرى من ذلك أن الأحكام التي تضمنها تقنين الالتزامات السويسري هي التي سار عليها التقنين
المدنى المصري .

ويقول الأستاذان شيرون ومحمد صادق فهمى في مقالهما في مجلة مصر المعاصرة : (١) إن
التقنينين الألماني والسويسري يتقاربان في الواقع ، ولو أن كلا منهما أخذ بمبدأ يخالف المبدأ
الذي أخذ به الآخر . ذلك أن كلا منهما أدخل من الاستثناءات على المبدأ الذي أخذ به ما جعل
التضارب يتحقق بين التقنينين . فالتقنين الألماني بدأ بتقرير أن التأمينات لا تنتقل ، ولكنه
استثنى الرهن الذي رثبه المدين على عين مملوكة له ثم رضى بالحوالة ، واستثنى كذلك الكفيل ،
شخصياً كان أو حينياً ، إذا رضى بالحوالة . والتقنين السويسري بدأ بتقرير أن التأمينات
تنتقل ، ولكنه استثنى الكفيل ، شخصياً كان أو حينياً ، إذا لم يرض بالحوالة . (٢) إن حق
الامتياز العام الذي كان ضامناً للدين قبل الحوالة ينبغي أن ينتقل إلى مال المحال عليه بعد الحوالة ،
ذلك أن الامتياز العام ليس إلا وصفاً للدين ، والحوالة تنقل الدين بالوصف الذي هو عليه .
أنظر في كل ذلك مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩٣١ ص ٥٦ و ص ٦٤ - ص ٦٥ .

ويتبين مما تقدم أن الأحكام التي أخذ بها كل من تقنين الالتزامات السويسري والتقنين
المدنى المصري تختلف عن الأحكام التي أخذ بها التقنين المدنى الألماني فيما يأتي : (١) الرهن
الذي يربته المدين الأصلي على عين مملوكة له ضماناً للدين ، في التقنين الألماني ، لا يبقى بعد الحوالة
ضامناً له إذا انتمدت الحوالة باتفاق بين الدائن والمحال عليه دون اشتراك المدين الأصلي . أما في
التقنينين المصري والسويسري ، فإن هذا الرهن يبقى ضامناً للدين . (٢) إذا انتقل العقار المرهون
رهناً رسمياً في الدين إلى أجنبي (حائز للعقار) ، في التقنين الألماني ، فإن الرهن لا يضمن
الدين بعد حوالته إلا إذا رضى الحائز للعقار بالحوالة . أما في التقنينين المصري والسويسري ، فإن
هذا الرهن يبقى ضامناً للدين ولو لم يرض الحائز للعقار باحوالة . (٣) حق الامتياز العام الذي
كان يضمن الدين قبل حوالته لا ينتقل ، بنص صريح في التقنين الألماني ، إلى مال المحال عليه
بعد الحوالة . ولا يوجد نص في هذه المسألة في أي من التقنينين المصري والسويسري .

(١) وقد رأينا أن التقنين المدنى الألماني لا يجعل الرهن في هذه الحالة ضامناً للدين بعد
الحوالة إذا انتمدت باتفاق بين الدائن والمحال عليه دون اشتراك المدين الأصلي .

كفيل عيني ، فان ذمته قد برئت من الدين بالحوالة ولكن ماله بقي مرهوناً لفهمان الدين . وإذا انتقلت ملكية العين المرهونة إلى أجنبي ، فانها تبقى مثقلة بالرهن ضمناً للدين وهي في يد هذا الحائز للعقار (١) .

وإذا كان الدين المحال به قد صدر به حكم نهائي واستطاع الدائن أن يأخذ حق اختصاص على عقار للمدين ، ثم تحول الدين إلى المحال عليه ، فان حق الاختصاص يبقى ضمناً للدين على النحو الذي قدمناه في الرهن ، وتبرأ ذمة المدين الأصلي من الدين بالحوالة ولكن عقاره المأخوذ عليه حق اختصاص يبقى مثقلاً بهذا الحق ضمناً للدين .

وإذا كان الدين المحال به مضموناً بحق امتياز ، بأن كان مثلاً ثمن مبيع : وحول المشتري الثمن الذي في ذمته إلى مدين جديد ، فان الدائن يبقى محظوظاً بحق امتيازهِ على العين المبيعة وهي في يد المشتري ، كما في الرهن وحق الاختصاص ، ولو أن ذمة المشتري قد برئت من الدين (٢) .

كذلك يبقى الدائن محظوظاً بحقه في حبس العين المبيعة إذا لم يكن قد سلمها للمشتري ، إلى أن يستوفي الثمن من المحال عليه الذي انتقل الدين إلى ذمته . ويلحق هنا الحق في الحبس بالضمانات العينية ، وإن لم يكن هو نفسه ضمناً عينياً في التقنين المدني الجديد (٣) . وهذا الحكم قد ورد صراحة في الفقرة الأولى

(١) وقد رأينا أن التقنين المدني الألماني لا يجعل الرهن في هذه الحالة ضامناً للدين إلا إذا رضى الحائز للعقار بالحوالة .

(٢) أما إذا كان هناك حق امتياز عام ، كامتياز المبالغ المستحقة للخدم والكتابة والمال والمبالغ المستحقة مما تم توريده للمدين ولن يعوله من مأكل وملبس والنفقة المستحقة في ذمة المدين لأقاربه (م ١١٤١ مدني) ، فقد رأينا أن التقنين المدني الألماني (م ٤١٨) ينص صراحة على أنه لا ينتقل إلى مال المحال عليه بعد الحوالة ، ورأينا الأستاذين شبرون ومحمد صادق فهمي في مقالهما بمجلة مصر المعاصرة يذهبان إلى أن هذا الامتياز ينبغي أن ينتقل إلى مال المحال عليه . وإذا قلنا حق الامتياز العام على حقوق الامتياز الخاصة ، ولم نقل إن حق الامتياز العام هو مجرد وصف في الدين الممتاز ، وجب القول بأن هذا الحق لا ينتقل إلى مال المحال عليه ، ولكنه يبقى في مال المدين الأصلي ، كما كان قبل الحوالة ، ضامناً للدين الذي انتقل إلى ذمة المحال عليه .

(٣) أنظر الوسيط الجزء الثاني فقرة ٦٣٩ .

من المادة ٣٤٨ من التقنين المدني العراقي (١) .

٣٣٣ - الضمانات الشخصية أو العينية التي يقررها كفيل المبرم

للمرتمى : وقد يكون الدين المحال به مكفولاً بشخص غير المدين الأصلي كفالة شخصية أو كفالة عينية ، بأن يكون للمدين كفيل شخصي ، أو كفيل عيني قدم رهناً لضمان الدين . وتنص الفقرة الثانية من المادة ٣١٨ مدني في هذه الحالة ، كما رأينا ، على أنه « لا يبقى الكفيل ، عينياً كان أو شخصياً ، ملتزماً قبل الدائن إلا إذا رضى بالحالة » .

(١) انظر نص هذه المادة آنفاً فقرة ٣٣١ في الحاشي — وقد ورد في آخر الفقرة الأولى من هذه المادة للعبارة الآتية : « أما إذا أحال المرتمى غريباً له حل الراهن ، فإن حقه في الرهن يسقط ولا يكون رهناً للحال له ، وكذا إذا أحال البائع غريباً له حل المشتري بالتمن يسقط حقه في حبس العين المبيعة » . وواضح أن الحوالة هنا حوالة دين لا حوالة حق ، ولو كانت حوالة حق لما سقط حق الرهن أو الحق في حبس العين المبيعة . في حالة الدائن المرتمى ، المفروض أن لهذا الدائن غريباً لى دائماً ، فأراد أن يوفيه حقه ، فوفاه إياه عن طريق إحالة حل مدينة الراهن . وهذه حوالة دين ، فإن الدائن المرتمى نقل الدين الذي في ذمته إلى ذمة مدينة الراهن في مقابل الدين الذي له في ذمة هذا المدين وهو الدين المضمون بالرهن ، فانقضى الدين المضمون بالرهن قصاصاً وسقط الرهن تبعاً لذلك . وبرئت ذمة الدائن المرتمى من الدين الذي كان في ذمته لدائنه . وأصبح هذا الدائن الأخير دائناً للمدين الراهن ، ولكن لا بالدين المضمون بالرهن فهذا الدين قد انقضى كما قدمنا ، بل بالدين الذي كان في ذمة الدائن المرتمى ثم حول إلى ذمة المدين الراهن ، ومن ثم لا يكون هذا الدين مضموناً بالرهن — وهذا هو الأمر في حالة البائع الذي أحال غريبه حل المشتري بالتمن ، فقد نقل البائع الدين الذي في ذمته لغريبه إلى ذمة المشتري في مقابل الثمن الذي له ، فسقط الثمن قصاصاً وانقضى بسقوط الحق في حبس العين المبيعة . وأصبح دائن البائع هو الدائن للمشتري ، ولكن لا بدين الثمن الذي كان للبائع فقد سقط هذا الدين كما قدمنا ، بل بالدين الذي كان في ذمة البائع لدائنه وقد حوله البائع إلى ذمة المشتري .

ويتبين في وضوح مما تقدم أنه لا شك في أن الحوالة التي نحن بصدها هي ، كما سبق القول ، حوالة دين لا حوالة حق . وقد ظن الأستاذ حسن الذنون (أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ٢٢٣) أنها حوالة حق ، فقال عند الكلام في الفقرة الأولى من المادة ٣٤٨ عراق ما يأتي : « حل أن هذه الفقرة تقرر في نفسها الأخير بأنه إذا أحال الدائن المرتمى غريباً له حل الراهن فإن حقه في الرهن يسقط ولا يكون رهناً للحال له ، وكذلك إذا أحال البائع غريباً له حل المشتري فقد سقط حقه في حبس العين المبيعة . وواضح جداً ألا علاقة لهذه الأمثلة بحوالة الدين ، فهي حوالة حق . وهذا مظهر من مظاهر الخلط والارتباك الذين وقع فيهما المشرع العراقي كثيراً عندما حاول التوفيق بين فقه القانون المدني وفقه الشريعة الإسلامية » (انتهى فتأمل !)

وهذا الحكم طبعى ، فان الكفيل ، ولو كان عيباً ، أجنبي عن الحوالة . وهو إنما رضى بكفالة المدين الأصلي بالذات ، كفالة شخصية أو كفالة عينية . فاذا تحول الدين إلى ذمة شخص آخر غير المدين الأصلي ، أى إلى المحال عليه ، وجب أن يرضى الكفيل بهذه الحوالة أيضاً حتى يعتبر كفيلاً لشخص غير المدين الأصلي الذى رضى أن يكفله .

ويستوى فى ذلك أن يكون الكفيل متمتعاً بحق تجريد المدين الأصلي أو محروماً من هذا الحق ، وأن يكون غير متضامن مع المدين الأصلي أو متضامناً معه . ولا يعترض على ذلك بأن الكفيل ، فى حالتي الحرمان من حق التجريد والتضامن ، يمكن الرجوع عليه قبل الرجوع على المدين الأصلي ، فلم يعد بعينه شخص هذا المدين مادام الدائن يستطيع أن يتخطاه وأن يرجع على الكفيل أولاً . فان هذا الاعتراض يمكن دفعه بأن الكفيل ، حتى إذا جاز الرجوع عليه أولاً ، لا يزال معتمداً على شخص المدين الأصلي ، لأنه إن دفع الدين كان له الرجوع به على هذا المدين ، فيبقى شخصه هاماً بالنسبة إليه ، ولا يجوز أن يتغير عليه عن طريق الحوالة إلا إذا رضى بذلك (١) .

ويدعو هذا إلى بحث نوع من الكفالة الشخصية هو التضامن . فلو فرضنا

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للبشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « لما كانت حوالة الدين تقتصر على إبدال المدين مع بقاء الدين ذاته ، فن الطبيعى أن يظل ما يتبع هذا الدين من التأمينات ملحقاً به ... بيد أن كفيل المدين الأصلي ، شخصياً كان أو عينياً ، قد لا يرتضى كفالة المدين الجديد ، كما لو كان أقل ملاءة . ولهذا غنى المنشروع بحمايته ، فاشتروط فى الفقرة الثانية من المادة ٤٥١ (٣١٨ مدنى) رضاه بالحوالة ، وإلا برئت ذمته من الكفالة . وقد يقال إن تنازل الكفيل عن حق التجريد يفيد أنه ارتضى أن توجه إليه المطالبة قبل توجهها إلى المدين ، وأنه لم يطلق أهمية خاصة على شخص المدين وملاءته ، وبهذا تنفى ضرورة اشتراط رضائه بالحوالة لبقاء الكفالة . بيد أنه راعى أن الكفيل لا يكفل مستنداً على ثقته بوفاء الدين من ماله فحسب ، بل وعمل ثقته فى قيام هذا المدين بالوفاء عند حلول الأجل وانتهاء الحاجة إلى الرجوع عليه تفريعاً على ذلك . فصلة الكفالة ، وإحال هذه ، هى الثقة الشخصية ، وهذه لا تتأثر فى قليل أو كثير بالنزول من حق التجريد . وصفوة القول أن التزام الكفيل لا يظل قائماً فى جميع الأحوال إلا إذا رضى بالحوالة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٥٢ - ص ١٥٣) . ويضاف إلى ما جاء فى المذكرة الإيضاحية ما قدمناه أن الكفيل يعتمد فى كل حال على ماله من حق الرجوع على المدين الأصلي ، فشخص هذا المدين له أكبر الأثر فى قبوله الكفالة .

أن المدين الأصلي الذي حول دينه إلى مدين جديد كان معه مدينون متضامنون في هذا الدين ، فهل يبقى هؤلاء المدينون متضامين مع المدين الجديد . (المحال عليه) كما كانوا متضامين مع المدين الأصلي ؟ لاشك في أنهم إذا رضوا بالحوالة أصبحوا متضامين مع المدين الجديد ، وسرت الحوالة في حقهم لرضائهم بها . أما إذا لم يرضوا بالحوالة ، فيبدو أنها لا تسرى في حقهم فيما يضرهم ويستطيعون التمسك بها فيما ينفعهم ، تطبيقاً لمبدأ أساسي قررناه في التضامن . فإذا طالب الدائن أحدهم بالدين ، كان لهذا المدين أن يدخل المحال عليه في الدعوى للحكم عليه بحصته في الدين . وإذا وقع هذا المدين الدين كله للدائن دون أن يدخل المحال عليه في الدعوى ، ورأى أن المدين الأصلي أكثر ملاءمة من المحال عليه ، كان له أن يرجع عليه هو - لا على المحال عليه - بحصته في الدين (١) .

المبحث الثالث

انتقال الدين إلى المحال عليه بدفعه

٣٣٤ - النصوص القامورية : تنص المادة ٣٢٠ من التقنين المدني على ما يأتي :

« للمحال عليه أن يتمسك قبل الدائن بالدفع التي كان للمدين الأصلي أن يتمسك بها . كما يجوز له أن يتمسك بالدفع المستمدة من عقد الحوالة (٢) .

(١) أما إذا سأل الدائن حقه قبل أحد المدينين المتضامين إلى محال له واستحق المدينين الباقين ، فقد قلنا أنه يصبح هو والمحال له ، بالنسبة إلى هؤلاء المدينين ، دائنين بالتضامن ، على غرار المدينين بالتضامن (انظر آتفا فقرة ١٢٧ في الهامش) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٤٥٣ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي :

١ - « للمحال عليه أن يتمسك قبل الدائن بما كان للمدين الأصلي من دفع معلقة بذات الدين ، وليس له أن يتمسك بما كان منها خاصاً بشخص المدين ، وإنما يجوز له أن يتمسك بالدفع الخاصة بشخصه هو . ٢ - وله أيضاً أن يتمسك قبل الدائن بأوجه الدفع المستفادة من الرابطة القانونية التي كانت تربطه بالمدين الأصلي إذا كانت تلك الرابطة هي السبب في حوالة الدين وكان الدائن يعلم ذلك » . وفي لجنة المراجعة أدخلت تعديلات في الفقرة الأولى فجعل المعنى أدق ، -

ولامقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق الذي لم ينظم حوالة الدين كما مر .
ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى: في التقنين المدني السوري
المادة ٣٢٠ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٠٧ - وفي التقنين المدني العراقي
المادة ٣٤٩ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٢٨٩ (١) .

ونستعرض في هذا الصدد: (١) الدفوع التي كان للمدين الأصلي أن يتمسك
بها (٢) الدفوع المستمدة من عقد الحوالة (٣) الدفوع المستمدة من العلاقة
مابين المدين الأصلي والمحال عليه .

٣٣٥ - الفرع الثاني للمدين الأصلي أن يتمسك بها : لما كان
الدين الذي ينتقل إلى ذمة المحال عليه هو نفس الدين الذي كان في ذمة المدين
الأصل ، وقد أصبح المحال عليه خلفاً للمدين الأصلي في هذا الدين ، فانه يترتب
على ذلك أن جميع الدفوع التي كان للمدين الأصلي يستطيع أن يدفع بها هذا الدين
يجوز للمحال عليه أن يتمسك بها قبل الدائن .

= وصلت الفقرة الثانية لعدم ضرورتها ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني
الجديد ، وصار رقمه ٣٣٢ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت
رقم ٣٢٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٤٨ - ص ١٤٩ و ص ١٥٩) .
(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٣٢٠ (مطابقة المادة ٣٢٠
من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٣٠٧ (مطابقة المادة ٣٢٠ من التقنين المدني المصري) .
التقنين المدني العراقي م ٣٤٩ : للمحال عليه أن يتمسك قبل المحال له بما كان الدخيل من
دفوع متعلقه بذات الدين ، وليس له أن يتمسك بما كان من الدفوع خاصاً بشخص المحيل ،
ولما يجوز له أن يتمسك بما كان خاصاً بشخصه هو . (وهذا النص يطابق نص المشروع التمهيدي
من التقنين المدني المصري في فقرته الأولى ، ويتفق في الحكم مع التقنين المدني المصري - انظر
الأستاذ حسن الفنون في أحكام الالتزام في قانون المدني العراقي فقرة ٢٣٥) .
تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٢٨٩ : إن أسباب الدفع ووسائل الدفع الملازمة للدين
تنتقل من المدين إلى من ألزم الدين . أما الوسائل المختصة بشخص المدين السابق ، فلا يحق
للمدين الجديد أن يطرح بها ، بل يحق له أن يدلي بأسباب الدفع ووسائل الدفع المختصة بشخصه
(وهذا النص يتفق في الحكم مع نص التقنين المصري - انظر الأستاذ صهي محصاني في انتقال
الالتزام في القانون المدني اللبناني ص ٥٧ - ص ٥٩) .

وهذه الدفع كثيرة متنوعة ، منها ما يرجع إلى بطلان الدين ، ومنها ما يرجع إلى فسخه ، ومنها ما يرجع إلى انتقضائه .

فن أوجه البطلان أن يكون الدين ناشئاً من عقد باطل لسبب يرجع إلى التراضي ، أو يرجع لعدم توافر الشروط اللازمة في المحل ، أو يرجع لعدم مشروعية السبب . أو يكون الدين ناشئاً من عقد قابل للإبطال بسبب نقص الأهلية أو بسبب الغلط أو التدليس أو الإكراه أو الاستغلال . ولكن يلاحظ أنه إذا كان الدين ناشئاً من عقد قابل للإبطال بسبب نقص الأهلية ، فن ناحية قد يكون هذا الدفع شخصياً للمدين الأصلي وليس للمحال عليه أن يتمسك بدفع خاص بشخص المدين الأصلي (١) ، ومن ناحية أخرى أن الحوالة إذا انعقدت باتفاق بين المدين الأصلي والمحال عليه فقد يعتبر انتقادهاء برضاء المدين الأصلي إجازة للبطلان المستند من نقص الأهلية . كذلك إذا كانت أوجه البطلان راجعة إلى الغلط أو التدليس أو الإكراه أو الاستغلال ، وعلم المدين الأصلي بسبب البطلان ، وبالرغم من علمه هذا اتفق على الحوالة مع المحال عليه ، فان هذا الاتفاق قد يعتبر إجازة ضمنية لسبب البطلان . أما إذا كانت الحوالة قد انعقدت باتفاق بين الدائن والمحال عليه ، وكانت هناك أوجه البطلان ترجع إلى عيوب في إرادة المدين الأصلي ، فانه لا يمكن القول في هذه الحالة أن الحوالة - ولم يكن المدين الأصلي طرفاً فيها - تعتبر إجازة ضمنية للبطلان ، بل يجوز للمحال عليه أن يتمسك من هذه الأوجه بما كان يستطيع المدين الأصلي أن يتمسك به . وكذلك لو كان وجه البطلان نقصاً في أهلية المدين الأصلي ، وتمت الحوالة باتفاق بين الدائن والمحال عليه دون تدخل المدين الأصلي ، فان لم يكن المحال عليه وقت الحوالة عالماً بنقص الأهلية حيث يمكن القول إنه قد نزل بقبوله الحوالة عن التمسك بهذا الدفع ، فانه يبدو أن المحال عليه يستطيع أن يتمسك قبل الدائن بنقص أهلية المدين الأصلي ، وإن كان هناك رأى يذهب

(١) انظر المشروع النهائي لنص المادة ٣٢٠ وانظر تاريخ هذا النص آنفاً فقرة ٣٣٤ في الهامش - وهذا ما يقضى به تخمين الالتزامات السويسرى (م ١٧٩/٢) بخلاف التفتين المثلث الألماني (انظر في ذلك مقال الأستاذين شيرون وعبد صادق فهمى في مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩٣١ ص ٦٣ - ص ٦٤) .

إلى أن الدفع بنقص الأهلية خاص بشخص المدين الأصلي فلا يجوز للمحال عليه أن يتمسك به في أية حال .

ومن الدفع ما يرجع إلى فسخ الدين . ويتحقق ذلك مثلاً إذا كان الدين المحال به ثمناً في عقد بيع تم بين الدائن والمدين الأصلي ، ثم لم يسلم الدائن المبيع إلى المدين الأصلي . فإن هذا المدين كان له - لو بقي الثمن في ذمته ولم يحل به على غيره أن يدفع بالمطالبة بفسخ البيع ، وكذلك يستطيع المحال عليه أن يطالب بفسخ البيع مكانه (١) .

ومن الدفع أخيراً ما يرجع إلى انقضاء الدين . فقد يكون الدين انقضى بالوفاء ، ويتحقق ذلك إذا كانت الحوالة قد تمت باتفاق بين الدائن والمحال عليه دون تدخل المدين الأصلي ويكون هذا قد وفى بالدائن ، فيجوز للمحال عليه أن يتمسك قبل الدائن بانقضاء الدين عن طريق الوفاء . ومثل الوفاء التجديد واستعانة الوفاء والإبراء والتقادم . أما المقاصة التي تكون بين الدين المحال به ودين للمدين الأصلي في ذمة الدائن ، فالظاهر أن المحال عليه في إحدى صورتى الحوالة لا يستطيع أن يتمسك بها قبل الدائن ، ويستطيع التمسك بها في الصورة الأخرى . ذلك أن المقاصة لا تقع إلا إذا تمسك بها المدين الأصلي (م ٣٦٥ ملغى) ، ويجوز له التزول عن التمسك بها . فإذا كان هو الذى عقد الحوالة مع المحال عليه ، فهذا دليل على أنه لا يريد التمسك بالمقاصة ، فحول الدين الذى في ذمته إلى المحال عليه ليطالب بالمدين الذى له في ذمة الدائن ، فلا يجوز في هذه الصورة أن يتمسك المحال عليه بالمقاصة بعد أن زل عنها المدين الأصلي . أما إذا كانت الحوالة قد انعقدت باتفاق بين الدائن والمحال عليه قبل أن يتمسك المدين الأصلي بالمقاصة ، فيبدو لنا أن المحال عليه يستطيع في هذه الصورة أن يتمسك بالمقاصة كما يستطيع المدين الأصلي أن يتمسك بها ، إذ أن كلا منهما له مصلحة في ذلك (٢) .

(١) ويستطيع المشتري كذلك أن يدفع بوقف تنفيذ العقد ، فيجوز للمحال عليه أن يدفع بذلك هو أيضاً ، إلا إذا قيل إن الدفع بوقف التنفيذ دفع خاص بشخص المدين .

(٢) أما التقنين المدنى الألماني ، فيقضى بنص صريح (م ٤١٧) ، بأن المحال عليه لا يستطيع أن يتمسك بالمقاصة التي كان المدين الأصلي يستطيع أن يتمسك بها ، وذلك لأن المقاصة ، في هذا التقنين لا تقع إلا بإعلان من الإرادة كما سيأتى (انظر التعليقات على التقنين المدنى الألماني -

وهذا ما لم يكن المحال عليه يعلم بسبب المقاصفة وقت أن قبل الحوالة ، فقد يستخلص من هذا العلم أنه نزل بذلك عن التمسك بالمقاصة . ولكن هذا لا يمنع المدين الأصلي من التمسك بها ، فإذا ما فعل أمكن المحال عليه بعد ذلك أن يدفع بسقوط الدين بالمقاصة .

هذا وقد كان المشروع التمهيدى (م ١/٤٥٣ من هذا المشروع) ينص على أن المحال عليه أن يتمسك قبل الدائن بما كان للمدين الأصلي من دفع متعلقة بذات الدين ، وليس له أن يتمسك بما كان منها خاصة بشخص المدين ، وإنما يجوز له أن يتمسك بالدفع الخاصة بشخصه هو (١) . وبالرغم من تعديل هذا النص ، فإن الأحكام التى وردت فيه صحيحة . وقد رأينا أنه لا يجوز

= جزء أول م ٤١٧ ص ٦١٥ - وهذا هو الحكم أيضاً فى القانون السورى ، دون أن يرد نص صريح بذلك فى تفتين الالتزامات السورى كما ورد فى التفتين المدنى الألماني (انظر فى هذا المعنى مقال الأستاذين شيرون ومحمد صادق فهمى فى مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩٣١ ص ٦٣) . وقد رأينا ، فى حوالة الحق ، أن الفقرة الثانية من المادة ٣٦٨ مدنى تنص بأنه « إذا كان المدين لم يقبل الحوالة ولكن أعلن بها ، فلا تمنعه هذه الحوالة من أن يتمسك بالمقاصة » . ويظهر الفرق واضحاً فى هذه المسألة بين حوالة الحق وحوالة الدين فيما لو كانت حوالة الدين قد انقضت باتفاق بين المدين الأصلي والمحال عليه ، فإن المدين فى حوالة الدين رضى بالحوالة فنزل عن المقاصة كما قلنا ، أما المدين فى حوالة الحق فلم يقبل الحوالة ولكن أعلن بها فلا يمكن القول هنا بأنه نزل عن المقاصة كما أمكن القول بذلك فى حوالة الدين . بقيت الحالة التى تنبثق فيها حوالة الدين باتفاق بين الدائن والمحال عليه دون تدخل من المدين الأصلي ، فإن المدين الأصلي فى هذه الحالة لم يقبل الحوالة حتى يفترض أنه قد نزل بهذا القول عن المقاصة . وقد قلنا أن المحال عليه يستطيع فى هذه الحالة أن يتمسك بالمقاصة لأن له مصلحة فى ذلك . وكذلك المدين الأصلي بين محضاً يحقه فى التمسك بالمقاصة . فإذا تمسك بها سقط الدين الذى كان فى ذمته لدائن قصاصاً فى الدين الذى كان فى ذمته للدائن له ، وذلك بأثر رجعى من وقت تلاقى الدينين أى فى وقت سابق على الحوالة . فيستطيع المحال عليه من هذا الطريق أيضاً أن يدفع بسقوط الدين بالمقاصة إذا طالبه به الدائن ، ويمنع عليه الرجوع بشئ على المدين الأصلي لأنه لم يدفع شيئاً لحسابه ، وهذه هى المصلحة التى تدفع المدين الأصلي إلى التمسك بالمقاصة . ونحن فى هذا رأى الذى نقول به إنما نفحص الدين الذى يتمسك بالمقاصة بعد حوالة ذمته على المدين الذى يتمسك بالمقاصة بعد تقادم حقه (انظر م ٣٦٦ مدنى) ، فكلما يتمسك بالمقاصة فى دين أو حق قد سقط عنه - الدين بالحوالة والحق بالتقادم - مادام التلاقى بالحق أو الدين المقابل قد تم فى وقت سابق على هذا السقوط .

(١) انظر لتاريخ نص المادة ٣٢٠ مدنى آخفاً لفقرة ٣٣٤ فى الماش .

للمحال عليه أن يتمسك بالدفع الخاصة بشخص المدين الأصلي ، كالدفع باتحاد الذمة أو بالحق في الحبس (١) ، وكالدفع بنقص الأهلية وبوقف تنفيذ العقد في رأى . أما الدفع الخاصة بشخص المحال عليه ، فيستطيع هذا بداهة أن يتمسك بها ، ومن ثم يستطيع المحال عليه أن يتمسك قبل الدائن بمقاصة وقعت بين الدين المحال به ودين له في ذمة الدائن ، كما يستطيع أن يتمسك باتحاد الذمة بينه وبين الدائن (٢) .

٣٣٦ - **الرفوع المستمرة من عقد الحوالة** : كذلك للمحال عليه أن يتمسك قبل الدائن بجميع الدفع المستمدة من عقد الحوالة . ذلك أن الحوالة ، كما رأينا إما أن تتم باتفاق من المدين الأصلي والمحال عليه ، وإما أن تتم باتفاق بين الدائن والمحال عليه .

فإن تمت باتفاق بين المدين الأصلي والمحال عليه ، ثم أقرها الدائن ، فإن حق الدائن في مطالبة المحال عليه بالدين مستمد من هذا الاتفاق الذي أقره . فإن كان للمحال عليه دفع مستمد من هذا الاتفاق ، فمن حقه أن يتمسك به قبل الدائن . مثل ذلك أن يدفع المحال عليه ببطلان الحوالة لانعدام التراضي ، أو لعدم مشروعية المهل بأن كان الدين المحال به دين قمار مثلاً ، أو لعدم مشروعية السبب بأن قبل الحوالة مثلاً لاستدامة علاقة جنسية غير مشروعة . ومثل ذلك أيضاً أن يطالب المحال عليه بإبطال الحوالة لنقص في أهليته أو لعب

(١) وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتى : « وعلى نقض ذلك لا يجوز المحال عليه أن يتمسك بالدفع الخاصة بشخص الأسيل ، كالدفع باتحاد الذمة أو بالحق في الحبس . وقد يقصد إثار الأسيل شخصياً بالإبراء من الدين أو باستناد الأجل واعتداله ينتج التمسك بها على المحال عليه » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٥٤) .

(٢) وقد يقال إنه ما دامت الحوالة لا تنقذ في كل من صورتها إلا برضاء المحال عليه ، وما دام المحال عليه قد رضى بأن يتحول الدين إل ذمته ، فإنه يكون قد أقر بوجود الدين ، فينبغى أن يرتبط بهذا الإقرار ، ومن ثم لا يجوز له التمسك بلق دفع ولو كان متعلقاً بذات الدين وغير خاص بشخص المدين . وهذا اعتراض يمكن دفعه بأن رضاه المحال عليه بالحوالة إنما ينصرف إلى قبوله بحمل الدين في حدود التزام المدين الأصلي به ، فإذا قبل أن يلتزم إلى مدى أبعد من هذه الحدود ، وجب أن يكون ذلك باتفاق خاص (انظر في هذا المعنى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٥٤ - للتعليقات على التفتين المدنى الألمان جزء أول م ٤١٧ ص ٦١٤)

وقع في إرادته ، أو أن يطالب بانعدام الحوالة إذا كانت معلقة على شرط فاسخ
تحقق أو شرط واقف لم يتحقق .

وإن تمت الحوالة باتفاق بين الدائن والمحال عليه ، فمن باب أولى يجوز للمحال
عليه أن يتمسك قبل الدائن - الذي كان طرفاً في العقد - بجميع العيوب التي
تتلحق بهذا الاتفاق ، من تراض معدوم ، أو مجل غير مشروع ، أو سبب غير
مشروع ، أو نقص في الأهلية ، أو عيب في الإرادة ، أو تحقق شرط فاسخ ،
أو عدم تحقق شرط واقف .

٣٣٧ - الفروع المستفزة من المعقوفة ما بين المدين الأصلي

والمحال عليه : يحدث كثيراً أن يكون سبب الحوالة موجوداً في العلاقة التي
تقوم ما بين المدين الأصلي والمحال عليه . مثل ذلك أن يبيع شخص عقاراً مرهوناً
رهنأً رهنأً إلى آخر ، وفي عقد البيع ذاته يحول إلى المشتري الدين المضمون
بالرهن حتى ينتقل إليه مع العقار المرهون (٣٢٢ مدني) . ومثل ذلك أيضاً
أن يبيع صاحب المتجر متجره ، ويحول إلى المشتري في عقد البيع ذاته
الديون التي على المتجر . فالمحال عليه في هذين المثالين هو المشتري : مشتري
العقار المرهون أو مشتري المتجر . وعلاقته بالمدين الأصلي - وهو البائع -
يحددها عقد البيع : بيع العقار أو بيع المتجر . وفي هذه العلاقة بالذات
يقوم سبب الحوالة ، فلولا البيع لما كانت الحوالة . فإذا فرضنا أن البيع قد
فسخ لسبب يقتضي الفسخ ، بأن أخل البائع بأحد التزاماته مثلاً ، فهل
يستطيع المشتري المحال عليه أن يتمسك قبل الدائن بفسخ البيع ، فيمتنع عن
دفع الدين المحال به الذي ما كان ليقبل نقله إلى ذمته لولا أنه اشترى العقار
المرهون أو المتجر ؟

نجيب الفقرة الثانية من المادة ٤٥٣ من المشروع التمهيدى - وهي أصل
المادة ٣٢٠ مدني - على هذا السؤال بما يأتي : « وله (أى للمحال عليه) أيضاً
أن يتمسك قبل الدائن بأوجه الدفع المستفادة من الرابطة القانونية التي كانت
تربطه بالمدين الأصلي ، إذا كانت تلك الرابطة هي السبب في حوالة الدين وكان

الدائن يعلم ذلك (١). ويستخلص من مفهوم هذا النص أن الدائن إذا كان يعلم وقت الحوالة أن المحال عليه ما كان ليقبل الحوالة لولا أنه اشترى العقار المرهون أو اشترى المتجر ، فانه يكون من حق المحال عليه عندئذ أن يتمسك قبله بفسخ البيع ، فيمتنع عن الوفاء له بالدين المحال به . وبمقتضى مفهوم العكس ، إذا لم يكن الدائن قد علم وقت الحوالة بهذا السبب ، لم يجوز للمحال عليه أن يتمسك قبله بفسخ البيع ، بل يبقى ملتزماً أن يفي بالدين المحال به بالرغم من هذا الفسخ ، وله الرجوع على المدين الأصلي بما يدفع للدائن (٢).

وهذا هو الحكم الذى نرى الأخذ به في هذه المسألة الدقيقة . وإذا كانت الفقرة الثانية من المادة ٤٥٣ من المشروع التمهيدى ، وهى النص الذى نستمد

(١) انظر تاريخ نص المادة ٣٢٠ مدنى آنفاً فقرة ٣٣٤ فى الهامش .

(٢) وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « وقد عرضت الفقرة الثانية من المادة ٤٥٣ لحكم حوالة الدين من حيث إمكان اعتبارها تصرفاً قانونياً مجرداً ينزل عن سببه ، كما هو الشأن فى حوالة الحق . وراعى أن وجه الحكم بين لا سبيل إلى الشك فيه متى انعدت حوالة الدين بين الدائن والمحال عليه مباشرة بمزول عن الأصل . فالواقع أن الحوالة تكون فى هذه الحال مستقلة كل الاستقلال عن رابطة المدين الأصلي بالمدين الجديد ، ولا يكون للمحال عليه أن يحتج على الدائن بأوجه الدفع المستفادة من الرابطة القانونية التى كانت تربطه بالمدين الأصل . ولكن وجه الحكم يختلف عن ذلك متى كانت هذه الرابطة قد قامت مقام السبب من الحوالة ، كما هو الشأن فى بيع محل تجارى أو بيع عقار مع حوالة الديون المضمونة برهون عقارية على المشتري ، فإن الحوالة تعتبر شقاً من البيع . وغنى عن البيان أن هذه الحالة تختلف كل الاختلاف عن حالة انعقاد الحوالة بين الدائن والمحال عليه مباشرة ، إذ أن هذا التعاقد مستقل من كل وجه عن علاقة المحال عليه بالمدين الأصلي . أما الحالة الثانية فيعرض فيها وضع مركب ، فعلاقات المدينين هى التى تعتبر سبباً قانونياً لالتزام المحال عليه قبل الدائن . ولو قيل بغير ذلك لندر أن يتصدى شخص لتحمل دين عن شخص آخر فى مثل هذه الحالة . والمحال عليه وفقاً لنص الفقرة الثانية من المادة ٤٥٣ ، أن يحتج على الدائن بالدفع بعدم الوفاء استناداً إلى تخلف الأصل عن الوفاء بالتزامه فى بيع عقد بينهما ، وله كذلك أن يحتج عليه بالتقابل فى هذا البيع . على أنه يشترط للمسك بمثل هذه الدفوع أن يكون الدائن - والمفروض أنه يظل بمزول عن الحوالة - قد علم بشروطها . وليس ينبغي أن يغيب عن البال أن هذه القاعدة مفسرة أرومتة للمتناهدين مله الخيار فى الخروج عليها .. وراعى من ناحية أخرى إنه إذا خصص دين كان المحال عليه ملتزماً به قبل المدين الأصلي ، وكان هذا الدين باطلاً ، فلا يكون المحال عليه ملتزماً قبل الدائن بأكثر من التزامه قبل المدين الأصلي . ويكون له أن يتمسك قبل الدائن بطلان دينه قبل المدين الأصلي (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٥٤ - ص ١٥٥) .

منه هذا الحكم ، قد حذفت في لجنة المراجعة ، فهي لم تحذف لأن الحكم المستمد منها غير صحيح ، بل لعدم ضرورتها (١) ، إذ يغني عنها تطبيق القواعد العامة . وإذا رجعنا إلى القواعد العامة في نظرية السبب ، وأينا أن سبب الحوالة فيما قدمناه من الأمثلة ، أى الباعث الذى دفع المحال عليه إلى قبول الحوالة ، هو شراؤه للعقار المرهون أو للمتجر ، وهو سبب فرضنا أن الدائن يعلم به . فإذا فسخ بيع العقار أو المتجر ، انعدم السبب ، وبطلت الحوالة . ولا يمكن أن نجرد التزام المحال عليه من سببه ، فيكون التزاماً مجرداً (obligation abstraite) ، إلا بنص صريح . وهذا النص قد وجد في كل من التقنين المدني الألماني (م ٤١٧) وتقنين الالتزامات السويسرى (م ١٧٩) ، فكان التزام المحال عليه في هذين التقنينين التزاماً مجرداً ، ولا يستطيع المحال عليه أن يتمسك قبل الدائن بالدفع المستمدة من العلاقة بينه وبين المدين الأصلي والتي كانت سبباً لالتزامه (٢) . أما في التقنين المدني المصرى ، فلا يوجد نص بهذا المعنى . بل كان قد وجد نص بعكسه ، ولم يحذف هذا النص إلا لعدم الحاجة إليه ، واكتفاء بتطبيق القواعد العامة . وقد رأينا أن تطبيق هذه القواعد في نظرية السبب يؤدي إلى الحكم الذى نقول به (٣) .

(١) انظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٥٦ - وانظر تاريخ نص المادة ٣٢٠ مدني آنفاً فقرة ٣٣٤ في الحاشي .

(٢) فإذا اشترى شخص داراً ، وتحمل في عقد البيع بدين على البائع كان هذا قد اقتضاه من آخر ، فإن المشتري المحال عليه يستطيع في التقنين المدني الألماني ، أن يحتج على الدائن المقرض بالدفع المستمدة من عقد القرض وهو مصدر الدين المحال به ، ولكنه لا يستطيع أن يحتج على هذا الدائن بالدفع المستمدة من الرابطة التي قامت بينه وبين المدين الأصل ، وهي رابطة البيع ، فلا يحرز مثلاً أن يحتج على الدائن المقرض بمبب غش في الدار المبيعة (مقال الأستاذين شبرون ومحمد صادق فهى في مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩٣١ ص ٥٥ — وانظر فيما يتعلق بتقنين الالتزامات السويسرى مثل ذلك أيضاً في نفس المقال ص ٦٤) .

وانظر في التقنين المدني الألماني التطبيقات على هذا التقنين جزء أول م ٤١٧ ص ٦١٥ - ص ٦١٦ .

(٣) وهذا بخلاف الإجابة في الوفاء (délégation) ، فسرى أن النائب لا يحتج على النائب لديه بالدفع التى يستطيع أن يحتج بها على النائب ، فالإجابة تصرف مجرد في هذه الناحية ، وذلك -

الفرع الثاني

علاقة الدائن بالمدين الأصلي

٣٣٨ - النصوص القانونية : تنص المادة ٣١٩ من التقنين المدني على ما يأتي :

« يضمن المدين الأصلي أن يكون الحال عليه موسراً وقت إقرار الدائن للحالة ، ما لم يتفق على غير ذلك » (١) .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، إذ لم ينظم هذا التقنين حوالة الدين كما قدمنا .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٣١٩ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٠٦ - وفي التقنين المدني العراقي

— بموجب نص صريح ورد في القانون هو المادة ٣٦١ مدني (أنظر فقرة ٥٢٤ لمبايل) . وقد فرضنا في الأمثلة التي قدمناها أن حوالة الدين انمقدت باتفاق بين المدين الأصلي والحال عليه ثم أقرها الدائن ، فأمكنه بذلك أن يتصل بالسبب الذي التزم من أجله الحال عليه بتحمل الدين ، وأن يعلم به . أما إذا كانت الحوالة قد انمقدت باتفاق بين الدائن والحال عليه دون اشتراك المدين الأصلي ، فلا تناس من القول بأن العلاقة التي تربط المدين الأصلي بالحال عليه لا شأن لها بهذا الاتفاق ، بل هي أجنبية عنه ، فلا يجوز إذن للحال عليه أن يحتج على الدائن بدفعه يستمد من هذه العلاقة . وهذا هو الحكم أيضاً في حوالة الحق ، فإن الحال عليه لا يحتج على الحال له بدفعه مستمدة من العلاقة التي تقوم بين الحال له والحال : أنظر آنفاً فقرة ٢٩٥ . وأنظر في كل ذلك ما سبق أن أوردناه من المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٥٤ — ص ١٥٥ — وأنظر آنفاً فقرة ٣٣٧ في المايش .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٤٥٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطلق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٣١ من المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٣١٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٤٧ — ص ١٤٨) .

المادتين ٣٥٧ - ٣٥٨ - ولا مقابل له في تقنين الموجبات والعقود البنائي (١) .
ويمكن تلخيص العلاقة ما بين الدائن والمدين الأصلي في مسألتين : (١) براءة

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري : م ٣١٩ (مطابقة المادة ٣١٩ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي : م ٣٠٦ (مطابقة المادة ٣١٩ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي : م ٣٥٧ : ١ - لا يرجع الحال له بدية على المحيل ، إلا إذا اشترط في ، نواة خيار الرجوع أو بطلت الحوالة المقيدة بسقوط الدين أو هلاك العين أو استحقاقها وفقاً للأحكام السابقة . ٢ - أما مجرد تعذر استيفاء الدين من الحال عليه وتقليسه ولو بأمر المحكمة ، فلا يوجبان بطلان الحوالة وعود الدين على المحيل .

م ٣٥٨ : الحوالة بشرط ١٠ براءة المحيل كفالة عارية من حق التجريد ، والحال له في هذه الحالة أن يطالب أيأ شاء من المحيل والحال عليه .

ويلاحظ أن حوالة الدين في التقنين المدني العراقي تسير في نصوبها على غرار الفقه الحنفى . ولما كانت حوالة الدين في هذا الفقه أقرب إلى أن تكون كفالة كما قدمنا ، إذ يجوز لدائن إذا وجد الحال عليه معسراً أن يرجع بالدين نفسه على المدين الأصل ، فكأن هذا الدين لم ينتقل من ذمة المدين الأصل إلى ذمة الحال عليه وإنما انتقل حق المطالبة ، فقد أراد التقنين المدني العراقي في هذا الموضع أن ينحرف عن الفقه الحنفى ، ليمائى الفقه الغرب ويميز بين الحوالة والكفالة . فنص على أن مجرد تعذر استيفاء الدين من الحال عليه وتقليسه ولو بأمر المحكمة لا يوجبان بطلان الحوالة وعود الدين على المحيل . ولكنه أجاز لدائن أن يشترط في الحوالة خيار الرجوع على المدين الأصل ، والرجوع هنا يكون لا بالدين نفسه كما يوم النص ، بل بالضمان ، وهذا يضاهى في التقنين المدني المصري ضمان المدين الأصل ليسار الحال عليه . كذلك أجاز رجوع الدائن بالضمان على المدين الأصل ، إذا كان هذا قيد الحوالة بحق له في ذمة الحال عليه أو بعين فقط هذا الحق أو هلكت العين أو استحقت ، فإن المفروض في هذه الحالة أن الدائن عندما أجاز هذه الحوالة المقيدة قد احتفظ لنفسه بحق الرجوع بالضمان على المدين الأصل . أما إذا أصر الدائن على استيفاء الدين في ذمة المدين الأصل واشترط عدم براءته من هذا الدين — وهذا غير اشتراط الرجوع بالضمان الذى رأيناه في الذرى المتقدم فإنه هنا يشترط الرجوع بنفس الدين — فإن الحوالة تكون في هذه الحالة كفالة يستطيع الدائن فيها أن يطالب أيأ شاء المدين الأصل أو الكفيل (الحال عليه) ، فهى كفالة عارية من حق التجريد ، وهذا حرص التقنين المدني العراقي على أن يذكره صراحة في المادة ٣٥٨ (انظر الأستاذ حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ٢٣٨ — فقرة ٢٣٩) .

تقنين الموجبات والعقود البنائي : لا يوجد نص في هذا التقنين يقابل للنص الذى نحن بصدده . ويبدو أن المدين الأصل ، في التقنين البنائي ، لا يضمن يسار الحال عليه إلا باتفاق خاص . وإذا كان في الحوالة تدليس أو غلط ، فإن الحوالة تكون في هذه الحالة قابلة للإبطال لمصلحة الدائن (انظر الأستاذ صبحى محمد صفات في انتقال الالتزام في القانون المدني البنائي ص ٥٧) .

ذمة المدين الأصلي نحو الدائن (٢) وضمان المدين الأصلي للدائن يسار المحال عليه وقت إقرار الدائن للحوالة في الصورة التي تنعقد بها الحوالة باتفاق بين المدين الأصلي والمحال عليه .

٣٣٩ - براءة ذمة المدين الأصلي نحو الدائن : إذا انعقدت الحوالة باتفاق بين المحال عليه والدائن مباشرة دون تدخل المدين الأصلي ، فإن ذمة هذا المدين تبرأ من الدين بمجرد انعقاد الحوالة كما قدمنا دون حاجة إلى رضائه بذلك . فإن الأجنبي يستطيع وفاء الدين عن المدين دون علمه ودون قبوله ، فيستطيع كذلك أن يلتزم عنه بالدين ، ومن ثم تبرأ ذمة المدين ، وقد تقدم بيان ذلك . أما إذا انعقدت الحوالة باتفاق بين المدين الأصلي والمحال عليه ، فلا تبرأ ذمة المدين الأصلي نحو الدائن إلا إذا أقر الدائن الحوالة ، فإن الحوالة لا تسرى في حقه إلا باقراره ، فإذا لم يقرها بقي المدين الأصلي بالنسبة إليه ، دون المحال عليه ، هو المدين . أما بعد الإقرار فتبرأ ذمة المدين الأصلي من الدين نحو الدائن ، ويصبح المحال عليه هو المدين (١) .

ويترب على ذلك أنه من وقت جبرورة الحوالة نافذة في حق الدائن - سواء بعقدها معه مباشرة أو باقراره لها - تبرأ ذمة المدين الأصلي ، فلا يستطيع الدائن أن يطالبه بالدين المحال به ، ولا يطالب بهذا الدين إلا المحال عليه الذي انتقل الدين إلى ذمته .

٣٤٠ - ضمان المدين الأصلي لیسار المحال عليه : هنا يجب التمييز

بين صورتی الحوالة .

فان انعقدت الحوالة باتفاق بين الدائن والمحال عليه مباشرة دون تدخل المدين الأصلي ، فان المدين الأصلي لا يضمن للدائن شيئاً ، إذ هو لم يتدخل

(١) وقد سبق القول أن الفقرة الأولى من المادة ٤٥٠ من المشروع التمهيدى كانت تنص على أنه : إذا أقر الدائن الحوالة ، برئت ذمة المدين الأصلي وحل محله المحال عليه . وقد حذف هذا النص في لجنة المراجعة ، لأنه مجرد تطبيق لقواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٤٤ في الهامش — وانظر آنفاً فقرة ٣٢٩ في الهامش) .

في الحوالة ، بل انعدت دون رضائه ، والذي عقدها هو الدائن ، وعقدها مباشرة مع المحال عليه ، فعلى الدائن في هذه الحالة أن يتحمل إضرار المحال عليه ما دام هو الذي اختار الاتفاق معه (١) . وإنما تبرا ذمة المدين الأصلي من الدين كما تقدم القول ، بالرغم من عدم ضمانه ليسار المحال عليه .

أما إذا انعدت الحوالة باتفاق بين المدين الأصلي والمحال عليه وأقرها الدائن ، ففي هذه الصورة يكون المدين الأصلي هو الذي عقد الحوالة ، وهو الذي اختار المدين الجديد ، ودعا الدائن إلى إقرار الحوالة . فافترض القانون أن المدين الأصلي قد أخذ على نفسه في هذه الحالة أن يضمن للدائن يسار المحال عليه وقت إقرار الدائن للحوالة ، كما تقرر ذلك صراحة المادة ٣١٩ مدني التي تقدم ذكرها .

ولا شك في أن هذا النص يقتصر على تفسير نية المتعاقدين ، فيجوز الاتفاق على غير هذا الحكم ، كما ورد ذلك في النص ذاته . ومن ثم يجوز للمدين الأصلي أن يخلى نفسه من هذا الضمان في هذا الاتفاق الذي يتم بينه وبين المحال عليه ويدعو الدائن إلى إقراره ، أو في اتفاق خاص بعد ذلك ولكن قبل إقرار الدائن للحوالة . فإذا اشترط المدين الأصلي عدم ضمانه ليسار المحال عليه ، ورضى الدائن بهذا الشرط ، فلا ضمان على المدين الأصلي .

كذلك يجوز - على النقيض مما تقدم - أن يشدد المدين الأصلي على نفسه الضمان ، فيضمن يسار المحال عليه . لا وقت إقرار الدائن للحوالة فحسب ، بل وقت حلول الدين المحال به ، فيكون في هذه الحالة بالنسبة إلى المحال عليه في موقف يشبه موقف التكفيل .

لكن إذا لم يذكر المدين الأصلي في الحوالة شيئاً عن الضمان ، فالمفروض أنه يضمن دون شرط يسار المحال عليه وقت إقرار الدائن للحوالة كما تقدم القول . فإذا كان الدين المحال به وقت إقرار الدائن للحوالة حالاً ، فعلى الدائن أن يسادر إلى استيفائه . فإن وجد المحال عليه معسراً ، رجع بالضمان على المدين الأصلي .

(١) حل أنه لا يوجد ما يمنع ، بالرغم من أن الحوالة تكون قد انعدت باتفاق بين الدائن والمحال عليه دون تدخل المدين الأصلي ، من أن يتفق الدائن مع المدين الأصلي اتفاقاً مستقلاً عن عقد الحوالة ، يلتزم به المدين الأصلي بضمان يسار المحال عليه .

وهو في رجوعه على المدين الأصلي لا يرجع بالدين المحال به نفسه (١) ، فان هذا الدين قد انتقل نهائياً بالحالة إلى ذمة المحال عليه ، وإنما يرجع بدين جديد نشأ من عقد الحوالة ، وهو عقد يرتب في ذمة الدين الأصلي التزاماً بضمان يسار المحال عليه . ولا يرجع الدائن على المدين الأصلي بالضمان إلا بعد أن يرجع أولاً على المحال عليه فيجده معسراً ، فان رجع مباشرة على المدين الأصلي ، كان لهذا أن يطلب منه البدء بتجريد المحال عليه . ولا يكلف بأن يدل الدائن على مال للمحال عليه يستوفى منه الدائن حقه ، كما يكلف الكفيل بذلك ، فان المدين الأصلي لا يكون مسئولاً إلا إذا أثبت الدائن أنه رجع على المحال عليه أولاً فوجده معسراً .

أما إذا تراخى الدائن في مطالبة المحال عليه حتى أعسر ، وذلك بالرغم من حلول الدين ، فان المدين الأصلي لا يكون مسئولاً مادام المحال عليه كان موسراً وقت إقرار الدائن للحوالة . والدائن هو المقصر ، فقد كان الدين حالاً وقت إقراره للحوالة وكان المحال عليه موسراً ، فبتراخيه وإهماله ترك المحال عليه حتى أعسر ، فيرجع باللائمة على نفسه ، ولا يرجع على المدين الأصلي بشيء .

بقيت حالة ما إذا كان الدين المحال به لم يحل وقت إقرار الدائن للحوالة ، وكان المحال عليه في هذا الوقت موسراً ثم أعسر عند حلول الدين . في هذه الحالة أيضاً لا يكون المدين الأصلي مسئولاً ، فان الضمان بحكم القانون يقتصر كما قلنا على ضمان اليسار وقت إقرار الدائن للحوالة ، وقد كان المحال عليه موسراً فعلاً في هذا الوقت ، فتبرأ ذمة المدين الأصلي من التزامه بالضمان حتى لو أعسر المحال عليه بعد ذلك عند حلول الدين . وإذا أراد الدائن أن يجعل المدين الأصلي ضامناً ليسار المحال عليه وقت حلول الدين ، فعليه أن يشترط ذلك صراحة قبل إقراره للحوالة .

وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي :
« تقضى الفقرة الأولى من المادة ٤٥٠ بأن إقرار الدائن للحوالة يستتبع براءة ذمة المدين الأصلي وإحلال المحال عليه محله . بيد أن حكم هذه البراءة لا يجري على إطلاقه ، فاذا أقيم الدليل على أن المحال عليه كان معسراً عند انعقاد الحوالة

(١) أما في المذهب الحنفى ، فقد قلنا أن الدائن يرجع بالدين نفسه على المدين الأصلي .
(م ٣٩ - الوسيط)

(الصحيح عند إقرار الدائن للحالة) ، وأن الدائن كان يجهل هذا الإعصار ، فلا تبرأ ذمة المدين الأصلي في هذه الحالة . وتسرى هذه القاعدة من باب أولى متى كان الجهل راجعاً إلى تدليس أو إلى عيب من عيوب الرضاء (١) . ويؤخذ على ما جاء في هذه المذكرة ما يأتي : (١) أنها ، على ما يبدو ، تجعل ذمة المدين الأصلي في حالة الضمان مشغولة بالدين المحال به ذاته . والصحيح أن الدين المحال به قد انتقل إلى ذمة المحال عليه ، أما للمدين الأصلي فمسئوليته قائمة على التزامه بالضمان . وهو التزام مستقل عن الدين المحال به ، ولكل منهما مصدر يختلف عن مصدر الآخر . فمصدر الالتزام بالضمان عقد الحوالة ، أما الدين المحال به فصدره سبب آخر ، قد يكون عقداً وقد يكون غير عقد ، وفي جميع الأحوال ليس هو عقد الحوالة . (٢) يبدو أن المذكرة الإيضاحية تشترط ، في ضمان المدين الأصلي ليسار المحال عليه ، أن يكون الدائن جاهلاً أن المحال عليه معسر . والصحيح أن علم الدائن بهذا الإعصار أو جهله إياه لا شأن له بضمان المدين الأصلي ليسار المحال عليه وقت إقرار الحوالة ، فهذا الضمان مقرر بصريح النص . أما علم الدائن بإعصار المحال عليه ، فغايته أنه قد يؤخذ قرينة على أن الدائن قد نزل عن هذا الضمان ، والنزول عن الضمان لا يستخلص إلا إذا كانت نية الدائن واضحة في ذلك (٢) . (٣) في حالة ما إذا كان جهل الدائن لإعصار المحال عليه راجعاً إلى تدليس أو إلى عيب آخر من عيوب الرضاء ، يكون المدين الأصلي ضامناً ليسار المحال عليه ، ولكن لا يرجع هذا الضمان إلى ما شاب الرضاء من عيب ، وإنما يرجع إلى حكم القانون نفسه ، فقد أوجب على المدين الأصلي بمقتضى عقد الحوالة ضمان ليسار المحال عليه . فإذا كان الدائن قد أوقع في تدليس جعله يظن أن المحال عليه موسر بينما هو معسر ، فإنه يستطيع في هذه الحالة أن يرجع بتعويض للتدليس فوق رجوعه بالضمان (٣) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٥٥ .

(٢) قارن الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٢٨١ — ص ٢٨٢ — والأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ٢٣٨ .

(٣) ولا يوجب التقنين المدنى الألمانى ، ولا تقنين الالتزامات السويسرى ، ضماناً ليسار المحال عليه في جانب المدين الأصل (انظر بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٦٤ ص ٨٨ — ومقال الأستاذين شيرون ومحمد صادق فهسى في مجلة مصر الممارسة سنة ١٩٣١ ص ٥٥) .

الفرع الثالث

علاقة المدين الأصلي بالمحال عليه

٣٤١ - التمييز بين حالتين : نميز هنا بين حالتين

(الحالة الأولى) حالة الحوالة غير النافذة في حق الدائن ، بأن تكون قد انعقدت باتفاق بين المدين الأصلي والمحال عليه ، ولم يصدر إقرار لها من الدائن ، أو صدر رفض منه لها .

(الحالة الثانية) حالة الحوالة النافذة في حق الدائن ، ويتحقق ذلك إما بأن تنفذ الحوالة باتفاق بين المدين الأصلي والمحال عليه ويقرها الدائن ، وإما بأن تنعقد رأساً بين الدائن والمحال عليه فإن الحوالة تتعقد في هذه الحالة نافذة فوراً في حق الدائن .

المبحث الأول

الحوالة لم تنفذ في حق الدائن

٣٤٢ - النص صريح القانوني : تنص المادة ٣١٧ من القانون المدني على ما يأتي :

« ١ - ما دام الدائن لم يحدد موقفه من الحوالة إقراراً أو رفضاً ، كان المحال عليه ملزماً قبل المدين الأصلي بالوفاء للدائن في الوقت المناسب ، ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك . ويسرى هذا الحكم ولو رفض الدائن الحوالة » .

« ٢ - على أنه لا يجوز للمدين الأصلي أن يطالب المحال عليه بالوفاء للدائن ،

ما دام هو لم يتم بما التزم به نحو المحال عليه بمقتضى عقد الحوالة ، (١) .
ولا مقابل لهذا النص في التفتين المدنى السابق ، لأن هذا التفتين كما قدمنا
لم ينظم حوالة الدين :

ويقابل النص في التفتينات المدنية العربية الأخرى : في التفتين المدنى السورى
المادة ٣١٧ - وفي التفتين المدنى الليبى المادة ٣٠٤ - ولا مقابل له لا فى التفتين
المدنى العراقى ولا فى تفتين الموجبات والعقود البنائى (٢) .

ويتبين من النص المتقدم الذكر :

(١) إن الاتفاق ما بين المحال عليه والمدين الأصلي على حوالة الدين يلزم
الأول نحو الثانى أن ينى بالدين المحال به للدائن فى الوقت المناسب ، سواء
أمر الدائن لحوالة أو رفضها ، وذلك مالم يوجد اتفاق يقضى بغيره .

(٢) ولكن هناك فرقاً بين هذا الاتفاق وبين الاشتراط لمصلحة الغير ،

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٤٤٨ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق
لما استقر عليه فى التفتين المدنى الجديد . وفى لجنة المراجعة مثل من تحديد معنى عبارة « فى الوقت
المناسب » ، فأجيب بأن المفروض على المحال عليه أن يندأ من المدين الأصل كل مطالبة ، ووافقت
اللجنة على النص تحت رقم ٣٢٩ من المشروع التامى . ووافق عليه مجلس النواب ، لمجلس الشيوخ
تحت رقم ٣١٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٤٤ - ص ١٤٥) .
(٢) التفتينات المدنية العربية الأخرى : التفتين المدنى السورى م ٣١٧ (مطابقة لمادة ٣١٧
من التفتين المدنى المصرى) .

التفتين المدنى الليبى م ٣٠٤ (مطابقة لمادة ٣١٧ من التفتين المدنى المصرى) .

التفتين المدنى العراقى : لم يرد نص مقابل ، ولكن الحكم الذى يستخلص من نص التفتين
المدنى المصرى متفق مع القواعد العامة ، فلا مانع من تطبيقه فى العراق . أما ما ورد فى التفتين
المدنى العراقى من نصوص فى علاقة المدين الأصل بالمحال عليه ، فكلها تفترض أن الحوالة نافذة
فى حق الدائن ، وسنذكرها فى موضعها .

تفتين الموجبات والعقود البنائى : لم يرد نص مقابل . حل أنه قد ورد فى صدر الفقرة الثالثة

من المادة ٢٨٧ من تفتين الموجبات والعقود البنائى العبارة الآتية « وإذا لم يجوز الدائن الانتقال
بطل » . ويفهم من هذا النص أن التفتين البنائى ، خلافاً لتفتين المصرى ، يفرض أن نية المدين
الأصل والمحال عليه ، فى اتفاقهما على الحوالة ، قد انصرفت إلى عدم ترتيب أى أثر على هذا
الاتفاق إذا لم يقرره الدائن .

فإن المدين الأصلي لم يشترط لمصلحة الدائن أن يفي له المحال عليه بالدين ، بل ذهب إلى مدى أبعد من ذلك واشترط تخليص ذمته هو من الدين ، بأن اتفق مع المحال عليه على نقل الدين إلى ذمته وذلك فيما بينهما .

(٣) وهذا الاتفاق بين المدين الأصلي والمحال عليه على الحوالة هو كل لا يقبل التجزئة ، فإذا كان المدين الأصلي قد التزم بشيء نحو المحال عليه في نظير التزام المحال عليه نحوه ولم يتم بالتزامه ، لم يكن له أن يطالب المحال عليه أن يقوم هو بالتزامه .

(٤) والاتفاق على النحو الذي فصلناه هو على كل حال قابل للتعديل فيه أو للمدول عنه باتفاق آخر بين الطرفين ، وذلك إلى أن يصدر إقرار الدائن للحوالة .
ونعالج هذه المسائل متعاقبة .

٣٤٣ - الاتفاق على الحوالة يلزم المحال عليه نحو المدين الأصلي :

قدمنا أن المفروض في الحالة التي نحن بصددنا أن الحوالة انضمت باتفاق بين المدين الأصلي والمحال عليه . قبل أن يصدر الدائن إقراره ، يكون هذا الاتفاق ملزماً للمحال عليه نحو المدين الأصلي . والذي يلتزم به المحال عليه هو التزام بعمل (obligation de faire) ، إذ يلتزم بتخليص ذمة المدين الأصلي من الدين في الوقت المناسب . والوقت المناسب هو عادة وقت حلول الدين المحال به . ولا يوجد ما يمنع من الاتفاق على أن يكون الوقت المناسب غير ذلك ، كأن يكون وقت مطالبة الدائن للمدين الأصلي بالدين . وإذا لم يذكر الطرفان شيئاً في هذا الخصوص ، فالهم هو أن يلزم المحال عليه عن المدين الأصلي كل مطالبة من الدائن (١) .

وقيام المحال عليه بالتزامه هذا يكون عادة بوفائه الدين المحال به للدائن . ويجوز أن يسلم المحال عليه مقدار الدين للمدين الأصلي ليقوم هذا بنفسه بالوفاء

(١) أنظر ما دار في لجنة المراجعة هذا الصدد (مجموعة الأعمال التفسيرية ٣ ص ١٤٥ - وانظر تاريخ نص المادة ٣١٧ مدني آتفاً فقرة ٣٤٢ في الملتصق) .

لدائته ، فان ذلك يكفي لتخليص المدين الأصلي من مطالبة الدائن (١) .

فاذا لم يتم المحال عليه بالتزامه هذا ، كان للمدين الأصلي أن يرجع عليه بالتعويض وفقاً للقواعد العامة (٢) . فهو لا يرجع عليه بالدائن المحال به ذاته ، بل يرجع عليه بتعويض من جراء إخلاله بالتزامه من درء مطالبة الدائن . ويجوز للمدين الأصلي أن يتفق مع المحال عليه أن يقدم له تأمينات خاصة ، كرهن أو كفيل ، لضمان الوفاء بهذا الالتزام ، أما التأمينات التي تكفل الدين المحال به فهي لا تكفل رجوع المدين الأصلي بالتعويض على المحال عليه (٣) .

وهذا الالتزام في ذمة المحال عليه نحو المدين الأصلي يبقى قائماً حتى لو رفض الدائن إقرار الحوالة ، فان عدم إقرار الدائن للحوالة لا يستتبع سقوط الاتفاق على حوالة الدين بين المدين الأصلي والمحال عليه . بل يبقى المحال عليه ملتزماً نحو المدين الأصلي ، بعد رفض الدائن إقرار الحوالة ، بأن يخلصه من مطالبة الدائن . وله ، في الوفاء بالتزامه هذا ، إما أن يبقى بالدين فعلاً للدائن - وليس للدائن

(١) وليس من الضروري أن يخلص المحال عليه ذمة المدين الأصل من الدين نحو الدائن فوراً عقب الاتفاق . كما أنه لا يكفي أن يرد المحال عليه إلى المدين الأصل ما دفعه لدائن عقب مطالبة هذا إياه ، فإن المدين الأصل باتفاقه على الحوالة مع المحال عليه أراد أن يرداً عن نفسه هذه المطالبة . بل الواجب أن يقوم المحال عليه بوفاء الدين عندما يطالب الدائن به المدين الأصلي ، أو أن يسلم المدين الأصلي مقدار الدين ليفضه لدائن فيرداً مطالبة (أنظر في هذا المعنى مقال الأستاذين شيرون ومحمد صادق فهمي في مجلة مصر المعاصرة ٣ ص ١٥٠) .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في هذا الصدد : « ولا يستتبع التزام المحال عليه بقضاء حق الدائن عند الاستحقاق تحويل المدين حق مطالبة المحال عليه بأن يسلم على إبراء ذمة قبل الدائن فور الوقت . بل كل ما هناك أن هذا الالتزام ينحول للمدين ، إذا طالبه الدائن قضائياً ، حق الرجوع على المحال عليه باعتبار أنه قد تمهد بالوفاء عنه ليجنبه هذه المطالبة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٥٠) .

(٢) الأستاذ عبد الحى حجازي ٣ ص ٢٨٠ .

(٣) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في هذا الصدد : « وإذا تخلف المحال عليه عن الوفاء بالتزامه ، فله المدين الأصلي حق طوْل بالدين أن يرجع عليه بالتعويضات . ويعتصم تقنين الالتزامات السويسري (م ١٧٥/٣) على أن المدين المحيل أن يطلب إلى المحال عليه تقديم تأمينات خاصة لضمان الوفاء بالتزامه . ويهيج أن للمتقدين أن يشترط ذلك في عقد الحوالة دون حاجة إلى نص في القانون » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٥٠) .

أن يرفض قبول الوفاء فهو غير على قبوله ولو من أجنبي - وإما أن يعطى للمدين الأصلي مقدار الدين لدفعه للدائن (١) .

هذا هو الأثر الذي يترتب على الاتفاق بين المحال عليه والمدين الأصلي على حوالة الدين ، من حيث إلزام المحال عليه نحو المدين الأصلي . وغنى عن البيان أن الطرفين يستطيعان في عقد الحوالة الاتفاق على غير ذلك ، إذ أن لها الحرية الكاملة في تحديد العلاقة التي تقوم بينهما بموجب هذا العقد . فلهما مثلاً أن يتفقا على أنه إذا لم يقر الدائن الحوالة ، فإن الاتفاق الذي كان قائماً بينهما يسقط تبعاً لذلك ، ولا يعود المحال عليه ملزماً لا نحو الدائن ولا نحو المدين الأصلي نفسه بأداء الدين المحال به ولا بتخليص المدين الأصلي من مطالبة الدائن . ولهما كذلك أن يتفقا على أن عقد الحوالة لا ينتج أثره منذ البداية إلا إذا أقره اندائن ، بحيث لا يترتب هذا العقد في ذمة المحال عليه ، قبل إقرار الدائن له ، أى إلزام نحو المدين الأصلي ، فإذا ما صدر إقرار الدائن أصبح المحال عليه ، ليس ملزماً فحسب بتخليص المدين الأصلي من مطالبة الدائن ، بل ملزماً أيضاً نحو الدائن مباشرة بوفاء الدين له (٢) . ونفرض فيما قدمناه أن الاتفاق المخالف قد ورد في عقد الحوالة ذاته . وسنرى فيما يلي أن للطرفين فوق ذلك ،

(١) وقد ورد في التطبيقات حل التفتين المدف الألمانى في هذا الصدد ما يأتى : « ويجب أن يلاحظ أخيراً أن رفض الدائن إقرار الحوالة ، إذا لم يوجد اتفاق مخالف ، يبطل العقد المبنى الذى ينقل الدين ، ولكنه يبقى قائماً العقد المنتهى لالتزامات شخصية التى تنطوى عليه الحوالة ، ومن ثم تبقى التزامات المحال عليه نحو المحل » (التطبيقات حل التفتين المدف الألمانى جزء أول م ٤١٥ ص ٦٠٨) .

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتى : « من المسلم أن للمتاقدين كامل الخيار في تحديد ما يترتب بينهما من الآثار بمقتضى تماقد صريح . فلهما أن يشترطا اعتبار الحوالة غير قائمة إل أن يتم إقرارها ، كما أن لها أن يشترطا اقتصار الحوالة على إنشاء مجرد التزام حل عاتق المحال عليه بقضاء حق الدائن . ويختلف الحكم باختلاف التشريعات عند سكوت المتأقدين عن اشتراط أمر معين . فالتفتين البنائى (م ٢٧٨/٣) والتفتين الصينى (م ٣٠٢) يفترضان أن نية الهيل والمحال عليه تنصرف ، في هذه الحالة ، إلى عدم ترتيب أى أثر لتماقدهما إذا لم يقره الدائن . أما المشروع (م ٤٤٨/١) ، فقد اقتضى ، حل نقيض ذلك ، أثر التفتين الألمانى (م ٤١٥/٣) ، واختار الحكم الوارد في النص طبقاً لجدا إعمال التصرفات القانونية ما وجد سبيل إلى ذلك » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٤٩) .

بعد إبرام عقد الحوالة وفي اتفاق مستقل ، أن يعدلا في هذا العقد أو أن يعدلا عنه .

٣٤٤ - الفرق بين الاتفاق على الحوالة والاشتراط لمصلحة الغير :

وقد يقال ، بعد تحليلنا للاتفاق الذى يتم على الحوالة بين المدين الأصلي والمحال عليه على النحو الذى قدمناه ، أن هذا الاتفاق فيه اشتراط لمصلحة الغير ، فقد اشترط المدين الأصلي على المحال عليه لمصلحة الدائن أن يبق له بالدين المحال به ، ومن ثم يتولد من هذا الاتفاق حق مباشر للدائن يصبح باقراره غير قابل للتقصص ، وذلك وفقاً للقواعد المعروفة فى الاشتراط لمصلحة الغير .

ولكن هذا التأصيل لا يتفق مع التأصيل الصحيح للاتفاق على الحوالة ما بين المدين الأصلي والمحال عليه ، وذلك من وجهين :

(الوجه الأول) ليس الغرض من هذا الاتفاق أن يشترط المدين الأصلي على المحال عليه لمصلحة الدائن أن يبق له بالدين المحال به . بل الغرض أن يشترط المدين الأصلي لمصلحة نفسه هو ، لا لمصلحة الدائن ، أن يتخلصه المحال عليه من الدين الذى فى ذمته للدائن بأن يدرأ عنه أية مطالبة من هذا الدائن .

(الوجه الثانى) وعندما يقر الدائن هذا الاتفاق الذى تم بين المدين الأصلي والمحال عليه ، فليس يفعل ذلك كما يفعل المنتفع فى إقراره الاشتراط لمصلحته ليصبح نافذاً فى حقه . ذلك أن الاتفاق ما بين المدين الأصلي والمحال عليه ليس اشتراطاً لمصلحة الغير كما قدمنا ، بل هو أبعد مدى من ذلك . هو اتفاق يتقل الدين المحال به فعلاً من ذمة المدين الأصلي إلى ذمة المحال عليه فى العلاقة فيما بينهما ، فهو اتفاق ناقل للدين منذ البداية . فإذا أقره الدائن ، أصبح انتقال الدين سارياً فى حقه هو أيضاً ، وأصبح المحال عليه ، ليس فحسب فى علاقته بالمدين الأصلي بل أيضاً فى علاقته بالدائن ، هو الملتزم وحده بالدين .

وهذا التصوير هو تصوير التقنين المدنى الألمانى ، نقله عنه التقنين المدنى المصرى الجديد (١) .

(١) وقد أوردت التعليقات على التقنين المدنى الألمانى التصويرات الفنية لحالة الدين فى المراحل المختلفة التى مر عليها المشروعان الأول والثانى لتقنين المدنى الألمانى . ففى المشروع =

= الأول صورت حوالة الدين التصوير الفنى الذى قال به وندشايد (Windcheid) (انظر آتفا
 فقرة ٣٠٨ فى الماشى) على النحو الآتى: كما أن الدائن فى حوالة الحق يتصرف فى الحق بإحالة
 إلى غيره ، كذلك المحال عليه فى حوالة الدين يتصرف فى الدين بإحالة إلى نفسه . ولكن الدائن
 فى حوالة الحق يتصرف فى حق مملوك له ، أما المحال عليه فى حوالة الدين فيتصرف فى دين مملوك
 لغيره وهو الدائن . ومن ثم وجب أن يقر الدائن هذا التصرف ، حتى يكون نافذاً فى حقه .
 على أن الاتفاق الذى تم بين المحال عليه والمدين الأصل ، وهو تصرف ناقل للدين ، يتطوى
 فى الوقت ذاته على عقد منشاء لالتزامات شخصية ، منها التزام فى ذمة المحال عليه أن يحصل
 على إقرار الدائن بالتصرف . وقد هوجم هذا التصوير أمام اللجنة الثانية لمشروع ، ووجه
 بتصوير آخر ، هو أن المحال عليه والمدين الأصل باتفاقهما على الحوالة قد صدر منهما إيجاب
 مشترك موجه إلى الدائن . والاتفاق على الحوالة ، فى هذا التصوير الآخر ، ليس إلا عقداً
 منشأ لالتزامات شخصية وليس بمقد ناقل للدين ، كما أنه لا يرتب فى ذمة المحال عليه التزاماً
 بالحصول على إقرار الدائن للحوالة . وما دام المحال عليه إنما يعرض على الدائن إيجاباً يشترك
 فيه مع المدين الأصل ، فإنه يجوز له العنوان عن هذا الإيجاب قبل صدور الإقرار من الدائن .
 وحتى إذا صدر الإقرار فإن الدين ينتقل من وقت صدوره ، ولا يستند بأثر رجسى إلى وقت
 الاتفاق على الحوالة الذى تم بين المحال عليه والمدين الأصل . وقد رفضت اللجنة الثانية هذا التصوير
 الآخر بأغلبية كبيرة ، إذ هو لا يستجيب إلى مقتضيات التعامل فى أمرين جوهرين : فهو يجوز
 للمحال عليه أن يرجع فى الحوالة بعد اتفاقه عليها مع المدين الأصل ، وهو يؤخر انتقال الدين
 إلى وقت إقرار الدائن للحوالة . فأدخلت تعديلات على هذا التصوير الثانى انتهت به إلى تصوير
 ثالث ، يكون فيه الاتفاق على الحوالة بين المحال عليه والمدين الأصل اتفاقاً منشأ لالتزامات
 شخصية كما هو الأمر فى التصوير الثانى ، وليس بمقد ناقل للدين على خلاف التصوير الأول ،
 ولكن الإيجاب المشترك المعروض على الدائن مستخلصاً من هذا الاتفاق هو إيجاب ملزم لا يجوز
 الرجوع فيه . وبذلك زال أحد الاعتراضين الجوهرين الموجهين إلى التصوير الثانى ، وأصبح
 لا يجوز للمحال عليه أن يرجع فى الحوالة بعد اتفاقه عليها مع المدين الأصل . ولكن بقى الاعتراض
 الثانى ، وهو الوقت الذى ينتقل فيه الدين . فى التصوير الثانى والثالث ، ما دام الاتفاق على
 الحوالة بين المحال عليه والمدين الأصل هو مجرد إيجاب مشترك معروض على الدائن ، فإن
 انتقال الدين لا يتم إلا من وقت إقرار الدائن ، ولا يستند بأثر رجسى إلى وقت الاتفاق .
 من أجل ذلك رجعت اللجنة إلى التصوير الأول بعد أن أعادت النظر فيه . فى هذا التصوير
 الأول يعتبر الاتفاق على الحوالة بين المحال عليه والمدين الأصل تصرفاً فى الدين صادراً من المحال
 عليه ، فرأت اللجنة أن هذا التصرف ليس صادراً من المحال عليه نصيب ، بل هو صادر أيضاً
 من المدين الأصل ، ومن ثم لا محل لقيام التزام فى ذمة المحال عليه نحو المدين الأصل للحصول
 على إقرار الدائن للحوالة ، وقد كان قيام هذا الالتزام هو الاعتراض الجوهرى على التصوير
 الأول . ومنه عدل التصوير الأول على هذا الوجه قبله اللجنة نهائياً كصور فى حوالة الدين على
 الأساس الآتى : بعد الاتفاق على الحوالة الذى تم بين المحال عليه والمدين الأصل مشتتاً على -

٣٤٥ - الاتفاق على الحوالة كل ما يقبل التجزئة - عدم الوفاء

بالالتزام بسبق عدم الوفاء بالالتزام المقابل : وقد رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ٣١٧ مدني تنص على ما يأتي : « على أنه لا يجوز للمدين الأصلي أن يطالب المحال عليه بالوفاء للدائن ، ما دام هو لم يقم بما التزم به نحو المحال عليه بمقتضى عقد الحوالة » . فالاتفاق على الحوالة بين المدين الأصلي والمحال عليه قد يكون اتفاقاً ملزماً للجانبين . مثل ذلك أن يبيع المدين الأصلي للمحال عليه داراً ، وفي مقابل ثمنها يتحمل المحال عليه بدين في ذمة البائع . في مثل هذه الحالة يكون التزام المحال عليه بتحمل الدين هو في مقابل الدار التي اشتراها ، فإذا لم يقم البائع بتسليم الدار إلى المحال عليه أو ينقل ملكيتها إليه وفقاً للقواعد المقررة ، لم يكن له أن يطالب المحال عليه بوفاء الدين المحال به للدائن ، ما دام هو - البائع - لم يقم بما التزم به نحو المحال عليه (١) .

ويلاحظ أن ما قدمناه لا يبرى فحسب في علاقة المحال عليه بالمدين الأصلي ، بل هو يبرى أيضاً في علاقة المحال عليه بالدائن فيها إذا أقر الدائن الحوالة . فقد رأينا أنه يجوز للمحال عليه أن يحتج على الدائن بالدفع المستمدة من العلاقة بينه وبين المدين الأصلي ، إذا كان الدائن عالماً بهذه العلاقة وبما يترتب عليها من الدفع ، وفقاً للقواعد العامة في نظرية السبب (٢) . ففي المثل

= عقدين ، ١ - عقد منشيء لالتزامات شخصية ، فالمحال عليه قد التزم نحو المدين الأصل أن يخلص ذمة من الدين المحال به ، دون أن يلتزم بالحصول على إقرار الدائن للحوالة ودون أن يلتزم بتخليص ذمة المدين الأصل قبل حلول الدين المحال به ، ٢ - وعقد ناقل للدين ، وهو عقد مجرد (contrat abstrait) ، قد نقل للدين من ذمة المدين الأصلي إلى ذمة المحال عليه في حدود العلاقة فيما بينهما ، دون اعتداد بسبب هذا العقد إذ هو عقد مجرد كما سبق للقول . فإذا ما أقر الدائن هذا العقد ، أصبح انتقال الدين نافذاً في حقه لا من وقت الإقرار فحسب ، بل مستنداً بأثر رجعي إلى وقت قيام العقد ، أي إلى وقت الاتفاق بين المحال عليه والمدين الأصلي . وإذا لم يقرر الدائن العقد الناقل للدين ، بطل هذا العقد وحده ، وبقي العقد الأول المنشئ لالتزامات شخصية قائماً بين المحال عليه والمدين الأصلي (انظر التعليقات على التقنين المدني الألماني جزء أول م ٤١٥ ص ٦٠٢ - ص ٦٠٨) .

(١) انظر المذكرة الإيضاحية المشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٥٠ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٣٣٧ .

المقدم إذا طالب الدائن المحال عليه بالدين المحال به بعد إقراره بالحوالة ، وكان يعلم أن المحال عليه إنما التزم بالحوالة في مقابل الدار التي اشتراها من المدين الأصلي ، جاز للمحال عليه أن يمتنع عن الوفاء ما دام المدين الأصلي لم يسلم له الدار التي باعها إياه والتي كان ثمنها هو السبب في الحوالة .

٣٤٦ - الانقضاء على المحال قابل للتعديل فيه وللعدول عنه

بانقضاء آخر: هذا وإذا كان الاتفاق على الحوالة بين المدين الأصلي والمحال عليه ملزماً للمحال عليه على النحو الذي قدمناه ، فإنه من جهة أخرى قابل للتعديل فيه أو للعدول عنه . ولكن ذلك لا يكون بإرادة المحال عليه وحدها ، لأنه قد التزم نهائياً بموجب الاتفاق فلا يستطيع أن يتنصل من التزامه . وإنما يجوز ، باتفاق جديد بينه وبين المدين الأصلي ، أن يعدل في الاتفاق الأول أو أن يلغيه أصلاً فتزول الحوالة (١) .

وكل هذا جائز إلى أن يقر الدائن الحوالة . فإذا ما أقرها تعلق حقه بها ، ولم يعد يجوز ، حتى باتفاق كل من المدين الأصلي والمحال عليه ، تعديل الاتفاق أو العدول عنه . بل يصبح انتقال الدين المحال به من ذمة المدين الأصلي إلى ذمة المحال عليه بالنسبة إلى الدائن انتقالاً نهائياً ، ويستند بأثر رجعي إلى وقت الاتفاق على الحوالة بين المدين الأصلي والمحال عليه . وللدائن مطالبة المحال عليه بالدين المحال به ، بل ليس له أن يطالب به غيره إذ قد برئت ذمة المدين الأصلي منه بموجب الحوالة ، وذلك حتى لو اتفق المدين الأصلي والمحال عليه بعد إقرار الدائن للحوالة على إلغائها (٢) .

(١) انظر المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التفسيرية ٣ ص ١٥٠ .

(٢) انظر التعليقات على التفتيش المدني الألمان جزء أول م ٤١٥ ص ٦٠٧ .

المبحث الثاني

الحوالة نافذة في حق الدائن

٣٤٧ - الحائله اللتاه التي تكونه الحوالة ففهما نافذة في حق الدائن :

قدمنا أن هناك حالتين تكون الحوالة ففهما نافذة في حق الدائن : (أولاهما) حالة ما إذا تمت الحوالة باتفاق بين المدين الأصلي والمحال ففله وأقرها الدائن . و (الحالة الثانية) حالة ما إذا تمت الحوالة رأساً باتفاق بين الدائن والمحال ففله دون تدخل من المدين الأصلي ، ففي هذه الحالة تنعقد الحوالة نافذة فوراً في حق الدائن ، كما قدمنا ، إذ هو نفسه كان طرفاً ففها .

٣٤٨ - بفمبر المحال ففله قد أدى للمدين الأصلي التزاماً بفقيمة الحوالة :

ومذ أصبحت الحوالة نافذة في حق الدائن ، فان المحال ففله ففكون ملزماً بفنحوه بالمدين المحال به ، وبفراً ذمة المدين الأصلي من هذا الدين . وبفترتب على ذلك أن المدين الأصلي ففكون قد أفاد من الحوالة بمقدار الدين المحال به ، وقد حصل على هذه الفائدة منذ برئت ذمته من الدين ، أى منذ أصبحت الحوالة نافذة في حق الدائن ففالتزم المحال ففله بالمدين ففنحوه . ففكان المحال ففله قد أدى للمدين الأصلي التزاماً بفقيمة الدين المحال به ، وأداه منذ أن أصبحت الحوالة نافذة في حق الدائن ، أى منذ أن أصبح هو ملزماً بفنحو الدائن بالمدين المحال به ، دون حاجة إلى أن بفى فعلا بهذا الدين (١) .

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية للشروع الففهي في مجموعة الأعمال الففصفيرية ٣ من ١٥١ - وقارن مقال الأستاذين شبرون ومحمد صادق فففى في مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩٣١ من ٥٤ . وهذا بفخلاف الففققين المدين المراق في الحوالة المطلقة ، فقد ورد في شأن هذه الحوالة نصان في هذا الففققين ، هما المادتان ٣٥٩ و ٣٦٠ . ففتمس المادة ٣٥٩ على أنه « إذا أحال المحيل حوالة مطلقة ، فان لم ففكن عند المحال ففله دين أو عين مودعة أو منصوبة ، ففه أن فطالب المحال ففله به للحوالة إلى أن فؤدى المحال ففله للدين للمحال له ، فان أداه سقط ما ففله قصاصاً بفقدر ما أفصه . وواضح من ذلك أن الففققين المدين المراق يفترض في الحوالة المطلقة أنه مادام المدين =

وقد يكون المحال عليه، في تأديته للمدين الأصلي التزاماً بقيمة الدين المحال به، قد قصد أن يؤدي هذه القيمة على سبيل القرض، ففي هذه الحالة يرجع على المدين الأصلي بما أقرضه إياه طبقاً لشروط القرض الذي تم بينهما. وقد يكون قاصداً أن يني للمدين الأصلي بدین ترتب في ذمته قبله (١) كتمن لم يتم أدائه، ففي هذه الحالة تبرأ ذمة المحال عليه من الثمن بمجرد قيام الدين المحال به في ذمته للدائن وقبل الوفاء بهذا الدين. وقد يكون قاصداً أن يتبرع للمدين الأصلي بقيمة الدين الذي تحمل عنه به، ففي هذه الحالة تكون العلاقة بينهما علاقة تبرع تطبق في خصوصها القواعد العامة في التبرع. والأمر بعد متعلق بنية الطرفين، فقد تنصرف إلى خلاف ما قلناه، وقد يشترط المحال عليه الرجوع على المدين الأصلي بما التزم به نحو الدائن، ولوقبل الوفاء للدائن، بل ولو كان في ذمته للمدين الأصلي دين يصلح للمقاصة (٢).

— الأصل لم يقيد الحوالة بالدين أو العين، فقد احتفظ لنفسه بالحق في المطالبة بهما حتى بعد الحوالة، إلى أن يؤدي المحال عليه الدين المحال به لدائن، فعندئذ تقع المقاصة بين ما حل المدين الأصل للمحال عليه وماله عنده. ولو أراد هذان أن ينقطع بعد الحوالة حق المحال عليه في مطالبة المدين الأصل بالدين أو بالعين، فأمامهما الحوالة المقيدة وقد وردت فيها فصوص كثيرة في التقنين المدني العراقي، فاعليهما إلا أن يقيدا الحوالة بما للمدين الأصل في ذمة المحال عليه. وتنظيم الحوالة المقيدة إلى جانب الحوالة المطلقة في التقنين المدني العراقي هو الذي يبرر الحكم المتقدم. حل أنه ليس هناك إطلاقاً ما يمنع المشرع — من ناحية السياسة التشريعية التي يخطتها — من أن يرجي رجوع المحال عليه على المدين الأصل إلى وقت وفاء المحال عليه بالدين لدائن، فيفترض أن نية الطرفين قد انصرفت إلى هذا الحكم ما لم يوجد اتفاق مخالف (انظر في هذا المعنى مقال الأستاذين شيرون ومحمد صادق فهمي في مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩٢١ ص ٥٤ — وقارن الأستاذ حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ٢٤٠ ص ٢٢٢، وهو ينهي هنا أيضاً، دون مبرر، حل المادتين ٣٥٩ و ٣٦٠ من التقنين المدني العراقي للتمقيد والنصوص !).

ويلاحظ أيضاً أن المحال عليه يرجع على المدين الأصل، في التقنين العراقي، بالدين المحال به لا بما أدى، أي يرجع بدعوى الحلول، والحلول هنا قانوني إلا إذا كان متفقاً عليه قبل وفاء الدين المحال به.

(١) وهذا هو ما يعرف بالحوالة المقيدة في الفقه الإسلامي وسيأتي ذكرها. ولتتميز بين الحوالة المقيدة والحوالة المطلقة في الفقه الإسلامي أهمية بالغة سبقت الإشارة إليها (انظر آنفاً فقرة ٢٤٠).

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد: « يقصد المحال عليه من تحمل الدين إلى النتيجة التي كان يصل إليها لو إنه التزم قبل المدين بأداء تكليف معادل لقيمة هذا —

فرجوع المحال عليه على المدين الأصلي ، بعد أن يلتزم بالدين المحال به نحو الدائن ، يتوقف على العلاقة التي قامت بينه وبين المدين الأصلي . وهذه العلاقة هي التي تحدد متى يكون هناك رجوع ، وكيف يكون .

٣٤٩ - الحوالة المقيدة : ونفرض أن المحال عليه كان في ذمته دين

للمدين الأصلي ، وأن الحوالة حين تمت بينهما تمت على أساس أن يؤدي المحال عنه الدين المحال به من الدين الذي في ذمته للمدين الأصلي . وهذا ما يعرف في الفقه الإسلامي بالحوالة المقيدة ، فهي حوالة قيدت بوفاء الدين المحال به من الدين الذي في ذمة المدين الأصلي .

وحكم الفقه الحنفي في هذه الحوالة المقيدة أن الدين الذي في ذمة المحال عليه للمدين الأصلي يكون مخصصاً لأداء الدين المحال به . ويتقطع حق المدين الأصلي في مطالبة المحال عليه بهذا الدين ، ويكون هذا الدين بمنزلة الرهن عند الدائن ، وإن لم يكن رهناً لسببين : (١) إذا أفلس المدين الأصلي قبل أن يؤدي المحال عليه الدين المحال به للدائن ، فليس الدائن أحق من سائر الغرماء بالدين الذي تقيدت به الحوالة . (٢) ولو توى هذا الدين عند المحال عليه ، لا يسقط الدين المحال به في مقابلة هلاك الرهن ، خلافاً لقواعد الرهن المقررة في الفقه

= الدين . فلو فرض أن المحال عليه تحمل من المدين ديناً مقداره ١٠٠ جنيه ، فهو يقصد من ذلك إما إلى إقراض المدين مثل هذا المبلغ ، وإما إلى التبرع له به ، وإما إلى الوفاء له بدين ترتب في ذمته من قبل كباقي ثمن لم يتم أدائه . ويراهي أن نية المحال عليه تنصرف ، في هذه الحالة الأخيرة ، إلى الوفاء بباقي الثمن من طريق تحمل الدين عن المصيل ، وهذا تبرأ ذمته حل الفور من المطالبة بمقتضى عقد البيع ... بيد أن إرادة المتماقدين قد تنصرف إلى خلاف ذلك ، فالأمر لا يعدو والحال هذه مجرد التنويه بقاعدة مفسرة أو متحمة ، للأفراد مطلق الخيار في الخروج عليها . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٥٠ — ص ١٥١) .

هذا وقد كان المشروع التمهيدى يتضمن نصاً هو المادة ٤٥٢ من هذا المشروع ، وكان يجري على الوجه الآتي : « إذا أقر الدائن حوالة الدين ، اعتبر المحال عليه قد أدى للمدين الأصل التزاماً بقيمتها » . فحذفت هذه المادة في لجنة المراجعة « لأن حكمها مستفاد من القواعد العامة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٤٦ في الهامش) .

الإسلامي (١). ويستخلص من ذلك أن ملكية الدين الذي تقيدت به الحوالة لم تنتقل إلى الدائن ، بل ان هذا الدين ليس رهناً عنده (٢) .

وهذه الأحكام المقررة في الفقه الحنفي تخالف القواعد العامة عندنا ، فإن المدين الأصلي إذا قيد الحوالة بدين له في ذمة المحال عليه ، فالمفروض أنه قد انصرفت نيته في ذلك إلى جعل المحال عليه نبي بالدين المحال به من الدين الذي تقيدت به الحوالة . فيمجرد أن تصبح الحوالة نافذة في حق الدائن ، ويصبح المحال عليه ملتزماً نحوه بالدين المحال به ، فإن المحال عليه يكون قد أدى للمدين الأصلي التزاماً بقيمة هذا الدين ، أي يكون قد أدى الدين الذي تقيدت به الحوالة . فتبرأ ذمته منه نحو المدين الأصلي ، كما تبرأ ذمة المدين الأصلي من الدين المحال به نحو الدائن . ولو أعسر المدين الأصلي قبل أداء المحال عليه الدين المحال به للدائن ، فليس للدائن المدين الأصلي أن يشاركوا الدائن في الدين الذي تقيدت به الحوالة . ونظير ذلك مقابل الوفاء (provision) في الكيالة ، فإن قواعد القانون التجاري تقضى بجعل مقابل الوفاء هذا بمثابة الدين الذي تقيدت به الكيالة والكيالة نفسها بمثابة حوالة . ويعتبر صاحب الكيالة هو المدين الأصلي ، والمسحوب عليه هو المحال عليه ، وحامل الكيالة هو الدائن . ونصوص التفتين التجاري صريحة في أن مقابل الوفاء يكون ملكاً لحامل الكيالة ، فقد نصت المادة ١١٤ من هذا التفتين على أن « مقابل الموجود تحت يد المسحوب عليه ، سواء وجد عنده في وقت تحرير الكيالة أو في وقت انتقال ملكيتها لشخص آخر أو بعد ذلك ، يكون ملكاً لحاملها ، ولو لم يحصل تعيينه لدفع قيمة تلك الكيالة أو لم يحصل القبول من المسحوب عليه . فيكنى إذن أن يكون لساحب الكيالة (المدين الأصلي) دين في ذمة المسحوب عليه (المحال عليه) ليمتلك حق حامل الكيالة (الدائن) بهذا الدين ، ويترتب على ذلك أن إفلاس الساحب قبل حلول ميعاد استحقاق الكيالة لا يؤثر في حق حامل الكيالة ، فيكون لهذا وحده دون

(١) وقد سبق بحث هذه المسألة تفصيلاً في الفقه الإسلامي انظر آنفاً فقرة ٢٤٠ .

(٢) ولكن لو ظهرت برائة المحال عليه من الدين الذي قيدت به الحوالة — كما إذا كان الدين ممن مبيع فاستحق المبيع أو كان ودية فهلك — فإن الحوالة تبطل ، لأن الدين الذي قيدت به يعتبر سبباً لها ، وقد انعدم فانعدمت .

سائر دائني الساحب الاستيلاء على مقابل الوفاء (١). وقد نصت المادة ١١٥ من التقنين التجاري على هذا الحكم صراحة إذ تقول : « إذا أفلس الساحب ولو قبل حلول ميعاد دفع قيمة الكيالة ، يكون لحاملها دون غيره من مدائني الساحب المذكور الحق في الاستيلاء على مقابل الوفاء المعطى للمسحوب عليه بالطرق المقررة » .

وعلى هذا الوجه حورت أحكام الفقه الحنفي في الحوالة المقيدة في التقنين المدني العراقي ، حتى تنفق هذه الأحكام مع القواعد العامة المقررة في كل من التقنينين المصري والعراقي . فنصت المادة ٣٦١ من التقنين المدني العراقي على ما يأتي :

١ - إذا كانت الحوالة مقيدة بدين للمحيل على المحال عليه أو عين مودعة أو مفصولة ، فلا يملك المحيل بعد الحوالة مطالبة المحال عليه ، ولا المحال عليه للدفع للمحيل ، فلو دفع له ضمن للمحال له ويكون له الرجوع على المحيل .
٢ - ولو أعسر المحيل قبل أداء المحال عليه الدين ، فليس لسائر الغرماء أن يشاركوا المحال له .

ويلاحظ أن الأحكام المتقدمة التي نص عليها التقنين المدني العراقي إنما هي نتيجة مستخلصة من تطبيق القواعد العامة ، فتسرى دون نص ، فيما يتعلق

(١) الأستاذ محمد صالح في شرح القانون التجاري جزء ٢ فقرة ٥٣ - أما في التقنين التجاري المختلط ، فقد كان حامل الكيالة لا يملك مقابل الوفاء إلا في حالتين : حالة تخصيص المقابل (وهذا التخصيص هو الذي يضايق في الفقه الإسلامي تقييد الحوالة) وحالة قبول المسحوب عليه للكيالة . وكانت المادة ١٢٠ من التقنين المدني المختلط تجرى في هذا المعنى حل الوجه الآتي :
« ومع ذلك يكون مقابل الوفاء ملكاً لحامل الكيالة في يوم استحقاق دفع قيمتها إذا كان حين خصيصاً لوفائها ، وكان المسحوب عليه قد قبل مع علمه هذا التعيين أو أخبر به قبل إفلاس الساحب سواء كان باخبار الساحب أو بعمل بروتستو . عدم القبول أو عدم الدفع ولو كان عمله بعد الميعاد . أما إذا لم يحصل التعيين المذكور فيدخل مقابل الوفاء في روكية غرماء الساحب إذا كان القبول لم يحصل قبل علم القابل بالإفلاس » . ومن هذا يتبين أن مقابل الوفاء يكون ملكاً لحامل الكيالة في التقنين التجاري الوطني ، سواء كانت الحوالة مقيدة أو مطلقة . وكذلك كان الحكم في التقنين التجاري المختلط ، فإن مقابل الوفاء في هذا التقنين كان يعتبر ملكاً لحامل الكيالة في حالة التخصيص وهذه هي الحوالة المقيدة ، وفي حالة قبول الكيالة من المسحوب عليه وهذا هو شأن كل حوالة ، مقيدة كانت أو مطلقة ، فإن قبول المحال عليه ضروري لانقضاء الحوالة في جميع الأحوال .

بالحوالة المفيدة على الوجه الذى حددناه ، فى البلاد العربية الأخرى : مصر
وصورية وليبيا ولبنان (١).

٣٥٠ - مازة إبطال الحوالة : والأحكام التى قدمناها فى تحديد العلاقة

ما بين المدين الأصلي والمحال عليه إنما تسرى إذا بقيت الحوالة قائمة ، فإنها
مبنية على التزام المحال عليه بموجب الحوالة بالدين المحال به نحو الدائن .
فإذا عرض للحوالة ما يبطلها - سواء كانت باتفاق بين المدين الأصلي
والمحال عليه وأقرها الدائن أو كانت باتفاق بين الدائن والمحال عليه - فإن
التزام المحال عليه بالدين المحال به نحو الدائن يزول بزوال الحوالة ، ويعود الدين
إلى ذمة المدين الأصلي بجميع توابعه ، دون إخلال بحقوق الغير (٢). ويقتضى الدائن
من المحال عليه أو من المدين الأصلي تعويضاً فى مقابل ما لحقه من الضرر ،
إما بسبب فقد تأمينات سبق ترتيبها وإما لأى سبب آخر ، ما لم يثبت المحال عليه
أو المدين الأصلي أنه لا يلد له فى إبطال الحوالة (م ١٨٠ من مقتضى الالتزامات
السويسرى) .. متى أبطلت الحوالة ، وعاد الدين المحال به إلى ذمة المدين الأصلي
كما قدمنا ، لم يعد للمحال عليه رجوع على المدين الأصلي ، فقد كان حقه
فى الرجوع قائماً على أساس التزامه بالدين المحال به نحو الدائن ، وقد زال
هذا الالتزام بإبطال الحوالة ، فزال تبعاً لذلك حقه فى الرجوع (٣).

(١) فارد الأستاذ حسن الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ٢٤١ .
(٢) وذلك ككفيل عفى لم يرض بالحوالة ، فزال الرهن المترتب على ماله ، ثم عاد الرهن
بإبطال الحوالة ، وكان هذا الكفيل قد رتب للغير حقاً على المال المرهون فى الفترة ما بين انعقاد
الحوالة وإبطالها .

(٣) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا المعنى ما يأتى : « وتطبق القواعد
العامّة عند إبطال الحوالة ، فبراهى أولاً أن الدين القديم يعود سيرته الأول بجميع توابعه ، دون
إخلال بحقوق الغير ، وبراهى من ناحية أخرى أن الدائن يكون له أن يقتضى من المحال عليه
تعويضاً فى مقابل ما لحقه من الضرر ، إما بسبب فقد تأمينات سبق ترتيبها وإما بأى سبب آخر ،
ما لم يثبت المحال عليه أن بطلان الحوالة والضرر الحادث يرجعان إلى سبب لا يلد له فيه : انظر
المادة ١٨٠ من مقتضى الالتزامات السويسرى والمادة ٢/٤٥٣ من المشروع . ويلاحظ أخيراً
أنه لا يجوز للمدين الأصلي فى الشريعة الإسلامية أن يطالب المحال عليه بما له قبله إلا فى حدود
ما يربو على الدين المحال به » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٥١) .
(٤٠ م - الوسيط)

القسم الثاني

انقضاء الالتزام

(Extinction des Obligations)

تمهيد

تحديد أسباب انقضاء الالتزام وتقسيم هذه الأسباب

٣٥١ - مصير الالتزام مما إلى الانقضاء : الحق الشخصي

أى الالتزام ، بخلاف الحق العيني ، مصيره حتما إلى الزوال ، فلا يجوز أن يبقى المدين ملتزماً للدائن إلى الأبد، فإن ذلك يتعارض مع الحرية الشخصية . والأصل براءة الذمة، أما شغلها بالالتزام فأمر عارض، والعارض لا يدوم . وهذا لا يمنع بطبيعة الحال أن يكون المدين ملتزماً مدى حياة الدائن - لامدى حياته هو - كما فى الإرادة المرتب مدى الحياة . أما إذا التزم المدين فعلا طول حياته، فإن القانون يعالج هذا الموقف بطريقة أو بأخرى حتى لا يجعل الالتزام أبدياً . فثلاً إذا تمهد شخص بأن يؤدى على الدوام إلى شخص آخر وإلى خلفائه من بعده دخلاً دائماً (م ٥٤٥ مدنى) ، فإن هذا الدخل الدائم يكون قابلاً للاستبدال فى أى وقت شاء المدين ، ويقع باطلاً كل اتفاق يقضى بغير ذلك (م ١/٥٤٦ مدنى) . وإذا جاز الاتفاق على ألا يحصل الاستبدال ما دام مستحق الدخل حياً، أو على ألا يحصل قبل انقضاء مدة لا يجوز أن تزيد على خمس عشرة سنة (م ٢/٥٤٦ مدنى)، فإنه لا يجوز الاتفاق على ألا يحصل الاستبدال ما دام المدين بالدخل حياً، فإن هذا تأييد للالتزام فلا يجوز .

وإذا كان عقد الشركة غير معين المدة ، انتهت الشركة بانسحاب أحد الشركاء ، على أن يعلن الشريك إرادته فى الانسحاب إلى سائر الشركاء قبل حصوله ، وألا يكون انسحابه عن غش أو فى وقت غير لائق (م ١/٥٢٩ مدنى) . وعقد الإيجار يلزم كلا من المؤجر والمستأجر لمدة محددة ، فإذا عقد الإيجار دون اتفاق على مدة ، أو عقد لمدة غير معينة ، اعتبر الإيجار منعقداً للفترة للمعينة للبلغ الأجرة ، وينتهى بانقضاء هذه الفترة بناء على طلب أحد المتعاقدين إذا هو نبه على التعاقد الآخر بالإخلاء فى مواعيد بينها القانون (م ٥٦٣ مدنى) . وعقد العمل يبرم بخدمة معينة أو لمدة معينة ، فإذا أبرم لمدة حياة العامل أو رب العمل أو لأكثر من خمس سنوات ، جاز للعامل بعد انقضاء خمس سنوات أن يفسخ العقد دون تعريض على أن ينظر رب العمل إلى ستة أشهر (م ٦٧٨ مدنى) .

وهكذا نستطيع أن نعدد الأمثلة التي تدل على أن الالتزام لا يجوز أن يكون
أبدياً ، بل إن مصيره حتماً إلى الزوال .

وفي هذا يختلف الالتزام ، كما قلنا ، عن الحق العيني . فإن أهم الحقوق
العينية ، وهو حق الملكية ، حق مؤبد بطبيعته ، ولا يصح إلا أن يكون مؤبداً ،
حتى إذا انتقل إلى مالك آخر فإنه يتأبد بهذا الانتقال . والحقوق العينية المنقولة
عن حق الملكية - كحق الانتفاع وحق الارتفاق - بعضها قد يكون مؤبداً ،
كحق الارتفاق إذا لم تحدد له مدة فإنه يتأبد مع حق الملكية الذي يلزمه ،
وسن الانتفاع مدى الحياة ، وبعضها قد يكون مؤقتاً ، كما إذا حددت معينة
لحق الانتفاع أو لحق الارتفاق .

ومن ثم كانت نظرية انقضاء الحقوق العينية محدودة الأهمية ، بعكس
نظرية أسباب كسب الحقوق العينية فإن لها المكان الأول من الأهمية .
وعلى التقيض من ذلك الالتزام ، فإن نظرية أسباب انقضائه قد لا تنقل في الأهمية
عن نظرية مصادره ، بل إن هناك تقابلاً ملحوظاً بين مصادر الالتزام وأسباب
انقضائه ، فالالتزام ينشأ ويتقضى بالتصرف القانوني وبالواقعة المادية ، ولا بد
له من مصدر ينشئه كما لا بد له من سبب يقضيه .

٣٥٢ - تحرير أسباب انقضاء الالتزام : ونرى من ذلك الأهمية
البالغة لمعرفة متى يتقضى الالتزام ما دام أنه حتماً سيتقضى ، فلا بد إذن من تحديد
أسباب انقضاء الالتزام .

وقد حددتها القوانين المدني الجديد في ثمانية أسباب : (١) الوفاء (٢) الوفاء بمقابل
(٣) التجديد والإنابة في الوفاء (٤) المقاصة (٥) اتحاد الذمة (٦) الإبراء
(٧) استحالة التنفيذ (٨) التقادم .

وكثيراً ما تختلط هذه الأسباب بأسباب لانتم لها بصلة ، كالإبطال والقسخ
والرجوع ونحو ذلك من أسباب زوال العقد . فهناك فرق واضح بين زوال العقد
- وهو مصدر الالتزام - وزوال الالتزام ذاته . غير أنه قد يكون هناك تفاعل
ما بين الشئين ، إذ قد يزول العقد بسبب من أسباب زواله فتقضى بذلك تبعاً
الالتزامات الناشئة من هذا العقد ، وقد تزول الالتزامات الناشئة من العقد بسبب

من أسباب انقضائها فينتفى العقد تبعاً لذلك أو يصبح غير ذي موضوع (١) .
على أنه من الخير أن تفصل ما بين أسباب انقضاء الالتزام وأسباب زوال
العقد ، كما فصلنا ما بين الالتزام والعقد ، إذ أن الخلط بين الشئين من شأنه
أن يورث الغموض والاضطراب (٢) .
فنتصر إذن على أسباب انقضاء الالتزام الثمانية التي حددها التقنين المدني ،
وننظر كيف يمكن تقسيم هذه الأسباب .

٣٥٣ - طريقاه لتقسيم أسباب انقضاء الالتزام : ويمكن تقسيم
هذه الأسباب من وجوه عدة . ولكننا نقف عند تقسيمين اثنين ، أحدهما
تقسيم علمي ، والآخر تقسيم عملي (٣) . وبالتقسيم العملي أخذ التقنين المدني
المصري الجديد ، وسنأبىه في الأخذ به .

٣٥٤ - التقسيم العلمي - التصرف القانوني والواقعة المادية :
والتقسيم العلمي لأسباب انقضاء الالتزام هو نفس التقسيم العلمي لمصادره ،
كما سبق القول . فتقسم أسباب الانقضاء ، كما تنقسم المصادر ، إلى التصرف

(١) هي باج ٣ فقرة ٢٩١ .

(٢) وقد ينتفى الالتزام بتحقق الشرط الفاسخ أو عدم تحقق الشرط الواقف ، ولكن
الشرط وصف في الالتزام كما رأينا لا سبب لانقضائه . وله أثر رجعي ، فيعتبر الالتزام كأنه
لم يوجد بتحقق الشرط الفاسخ أو بعدم تحقق الشرط الواقف ، ولتفرق واضح بين الزام لم
يوجد والزام وجد ثم انقضى . أما الأجل الفاسخ في الالتزام لزمى فقد رأينا أنه عنصر الزمن
المجهرى في الالتزام ، بل هو محل الالتزام ، فانقضائه هو استيفاء للالتزام فيكون انقضاء
الالتزام آتياً عن طريق الوفاء .

والموت قد يكون سبباً في انتهاء العقد فينتفى بالنتائه الالتزام ، كما في الوكالة وعقد العمل
والإيراد المرتب على الحياة .

(٣) وهناك تقسيمات أخرى ، نشير منها إلى اثنين : (١) هناك أسباب تنقضى الالتزام
بطريق غير مباشر عن طريق انقضاء العقد بالإبطال أو الفسخ أو الرجوع أو نحو ذلك ،
وأسباب تنقضى الالتزام بطريق مباشر كالوفاء والتجديد والإبراء والتنازل (يبدان ولا جارد ٩
فقرة ٩٩٠) . (ب) أسباب انقضاء الالتزام ترجع إما لإرادة المصالحين كما في الأجل الفاسخ
والإبراء ، وإما لانعدام أحد أركان الالتزام كما في اتحاد الأمة وهلاك المحل ، وإما لتنفيذ بمقابل
كما في الوفاء بمقابل والمقاصة ، وإما للتنازل (بلانبول وديريه وبولانجي ٢ فقرة ١٩٨٢) .
أنظر أيضاً في تقسيم أسباب الالتزام هي باج ٣ فقرة ٢٩٠ — فقرة ٢٩١ .

القانوني (acte juridique) والواقعة المادية (fait matériel). وقد سبق أن ميزنا ، في الجزء الأول من الوسيط ، بين التصرف القانوني والواقعة المادية ، فلا نعود إلى ذلك . ونقتصر هنا على بيان ما يعتبر من أسباب الانقضاء واقعة مادية ، وما يعتبر منها تصرفاً قانونياً .

فأسباب الانقضاء التي تعتبر واقعة مادية هي : (١) اتحاد النعمة ، ويتلخص في واقعة اجتماع صفتي المدين والدائن في شخص واحد . (٢) استحالة التنفيذ ، فالسبب الأجنبي الذي يجعل الالتزام ينقضي هو واقعة مادية لا تنسب إلى خطأ المدين . فإذا استحال تنفيذ الالتزام بخطأ المدين ، فإن الخطأ ، وهو أيضاً واقعة مادية ، لا يقضي الالتزام ، بل يحوله إلى تعويض . (٣) التقادم ، وهو واقعة مادية هي انقضاء زمن معين ، فينقض الالتزام بانقضائه . (٤) المقاصة إذ هي تقابل دينين من نوع واحد بشروط معينة . وتقرن هذه الواقعة المادية ، في التقنين المدني الجديد ، على غرار التقنين الألماني والسويسري ، بتصرف قانوني هو إعلان أحد طرفي المقاصة لإرادته في التمسك بها ، فالمقاصة إذن واقعة مركبة (fait complexe) ، كالشفعة في أسباب كسب الملكية . أما في التقنين المدني السابق وفي التقنين المدني الفرنسي ، فالمقاصة واقعة مادية محضة تقع بمجرد تقابل الدينين دون حاجة إلى التمسك بها .

وأسباب الانقضاء التي تعتبر تصرفاً قانونياً هي : (١) الوفاء ، وهو واقعة مختلطة (fait mixte) ، إذ هو مزيج من تصرف قانوني وعمل مادي ، ولكن التصرف القانوني هو الغالب . (٢) الوفاء بمقابل ، وهو مثل الوفاء . (٣) التجديد ، إذ هو اتفاق بين أطراف متعددين كما سنرى . (٤) الإبراء ، إذ هو إرادة منفردة ، وقد كان اتفاقاً في التقنين المدني السابق .

٣٥٥ - أهمية هذا التقسيم العلمي محدودة : وهذا التقسيم يعين على

فهم حقيقة علمية هي أن جميع مصادر الحقوق وأسباب انقضائها تنحصر في التصرف القانوني والواقعة المادية . ولكن نظرية التصرف القانوني والواقعة المادية لم تعد بعد مراحلها الأولى في الفقه ، ولم يحن الوقت لاتخاذ هذا التقسيم أساساً لبحث الموضوع ، كما بينا ذلك في الجزء الثاني من الوسيط .

والجميع بين أسباب الانقضاء التي هي تصرف قانوني في جهة ، وبين أسباب الانقضاء التي هي واقعة مادية في جهة أخرى ، أهميته محدودة . ويمكن القول بوجه عام أن الأسباب التي هي تصرفات قانونية تشترك جميعاً في أنها تعبر عن الإرادة ، يقتضى أن تتوافر أهلية معينة ، وأن يكون خالياً من عيوب الإرادة ، وأن يكون له محل وسبب . ولا كذلك الأسباب التي هي وقائع مادية فهذه لا تخضع لنظرية التصرف القانوني ، وهي مجرد وقائع مادية لا تقتضى أهلية ، ولا تدخلها عيوب الإرادة ، ولا أهمية فيها للمحل ، ولا يقوم بها سبب .

وسنعرض لذلك عند الكلام في كل سبب من أسباب الانقضاء ، ولكنتنا لا نتخذ هذا التقسيم العلمى أساساً لبحث الموضوع لما قدمناه ، وتؤثر أن تتبع التقسيم العمل الذى سار عليه التقنين المدنى الجديد ، وننتقل الآن إليه .

٣٥٦ - التقسيم العمل - انقضاء الالتزام بتنفيذه عيناً أو بتنفيذه

بمقابل أو دونه تنفيذه : ويقسم التنفيذ المدنى الجديد - ومثله تقنين الموجبات والعقود البنائى (١) - أسباب انقضاء الالتزام أقساماً ثلاثة :

(القسم الأول) ويتضمن انقضاء الالتزام بتنفيذه عيناً ، أى بقضاء نفس محل الالتزام ، وهذا القسم لا يشمل إلا الوفاء (paiement) . وهو الطريق المألوف لقضاء الدين ، وما عداه ليس أصلاً مثله بل بديلاً منه .

(القسم الثانى) ويتضمن انقضاء الالتزام بتنفيذه ، لا بالوفاء عيناً ، بل بما

(١) أنظر أيضاً جوران ٢ فقرة ٨٢٣ .

هذا وتنص المادة ٢٩٠ من تقنين الموجبات والعقود البنائى على ما يأتى : « تسقط الموجبات أولاً - بتنفيذها وهو الوجه الطبيعى لسقوطها (الإيفاء) . ثانياً - بتدبير أو حادث يضمن لدائن الحصول على منفعة غير التى يحق له أن يطلبها (كالإيفاء بأداء الوعد وتعهد الموجب والمقاصة واتحاد للتمتة) . ثالثاً - بأسباب تسقط الموجب أو يمكن أن تسقط مع قطع النظر عن حصول الدائن على منفعة ما (كاستحالة التنفيذ والإبراء من الدين ومرور الزمن) . وتنص المادة ٢٩١ من نفس التقنين على ما يأتى : « إن سقوط الموجب الأسلى يؤدى إلى سقوط الموجبات الفرعية والتأمينات المنقولة التى كانت مختصة بالدين . وبغضاً عنه حق محو القيد المختصة بالتأمينات غير المنقولة » .

يعادل الوفاء . ويشمل : (١) الوفاء بمقابل (dation en paiement) .
(٢) والتجديد (novation) ، فهو يقضى التزاماً قديماً بالتزام جديد. (٣) والمقاصة
(compensation) ، فهو يقضى التزاماً بالتزام يقابله . (٤) واتحاد اللنة
(confusion) ، فهو يقضى الدين عن طريق أن يصبح المدين نفسه دائناً
بهذا الدين .

(القسم الثالث) ويتضمن انقضاء الالتزام دون أن ينفذ لا عيناً ولا بمقابل .
ويشمل : (١) الإبراء (remise de dette) ، إذ ينزل الدائن عن حقه
دون مقابل . (٢) استحالة التنفيذ بسبب أجنبي (impossibilité d'exécution
due à une cause étrangère) ، إذ يقضى السبب الأجنبي للالتزام دون
تعويض أو أى مقابل آخر . (٣) التادم المسقط (prescription extinctive) ،
إذ ينقضى الالتزام بمضى مدة معينة دون أن ينفذ لا عيناً ولا بمقابل (٢) .
ونتناول في أبواب ثلاثة متعاقبة هذه الأقسام الثلاثة لأسباب الانقضاء .

(١) انظر المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٩٩ .

البجاء الأول

انقضاء الالتزام بتنفيذ عينا

الوفاء (*)

(LE PAIEMENT)

مقدمة

التكليف القانوني للوفاء

وما يترتب على هذا التكليف

٣٥٧ — التكليف القانوني للوفاء : الوفاء واقعة مختلطة (fait mixte) كما قلنا ، فهو يجمع بين التنفيذ المادى للالتزام ، كتسليم مبلغ من النقود

* مراجع : أوبرى ورو ٤ — يودى وبارد ٢ — بلانيول وريبير وروان ٧ — بيدان ولاجار ٨ — دي باج ٣ .

جونسكو (Jonesco) في الآثار القانونية الوضع الظاهر في القانون الخاص رسالة من ستراسبورج سنة ١٩٢٧ — لاباتي (Labatut) في نظرية المصرة رسالة من تولوز سنة ١٩٢٧ — ميلويك (Miloeac) في نظرية المصرة رسالة من باريس سنة ١٩٣٦ — ديفو (Deveau) رسالة من باريس سنة ١٩٣٧ — بانسيه (Pansier) رسالة من مونيبيه سنة ١٩٣٧ — ساراكاريه (Sarah Carré) رسالة من باريس سنة ١٩٣٨ — رولان تكسيه (Roland Texier) رسالة من باريس سنة ١٩٣٨ — لورين (Laurain) رسالة من بوردو سنة ١٩٤٠ — الدكتور عبد الباسط جيبى في الوضع الظاهر رسالة من القاهرة سنة ١٩٥٥ .

ديمونتيس (Demontès) الوفاء بطريق الشيكات في المجلة الانتقادية سنة ١٩٢٦ — واهل (Wahl) في الوقت الذي يعتبر فيه الإيراد المنفرد بطريق الشيكات قد قبض من ناحية الضريبة على الإيراد في مجلة دافنى الضرائب نوفمبر سنة ١٩٣٤ .

أو إقامة بناء أو الامتناع عن المناهضة ، وبين الاتفاق على قضاء الدين والاتفاق تصرف قانوني (١) .

ولكن الوفاء إذا كان واقعة مختلطة ، فإنه يغلب فيه عنصر التصرف القانوني ، ولذلك يلحق عادة بالتصرفات القانونية . وقد يكون من الممكن أن نكفيه بأنه تصرف قانوني عيني (acte juridique réel) ، إذ هو تصرف لا يتم إلا بعمل مادي هو التنفيذ (٢) .

٣٥٨ - ما يترتب على هذا التكليف : ويخلص مما تقدم أن الوفاء هو اتفاق على قضاء الدين . ومن ثم يكون هناك أمران : (أولاً) أن الوفاء اتفاق . و (ثانياً) أنه اتفاق على قضاء الدين .

(١) والوفاء والتنفيذ المعنى للالتزام هما في الواقع شيء واحد ، وقد حددت بعض التقنيات الحديثة ، ككتبتين الالتزامات السويسرية وتقتين الالتزامات البولونية ، إلى عدم الفصل بينهما وإدماجهما جميعاً في مكان واحد . ولكن جرت التقاليد على أن يقسم هذا الموضوع قسمين ، فإتعلق بكيفية التنفيذ المعنى يذكر في آثار الالتزام ، وما يتعلق بالتنفيذ باعتباره سبباً لانقضاء الالتزام — ويتناول ذلك تعيين من يقوم بالوفاء ولمن يكون الوفاء وما هو محل الوفاء — يذكر في أسباب انقضاء الالتزام . وقد زللت التقنين المحدث على هذه التقاليد . وبعض الفقهاء يبالغون الوفاء في باب تنفيذ الالتزام (أنظر على سبيل المثال بيدان ولا جارد ٨ فقرة ٤٥٩) . وتقول المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في هذا الصدد : « جرى المشروع على التقليد اللاتيني ، فمزل الأحكام المطلقة بالوفاء عن الأحكام المتعلقة بآثار الالتزام ، مع ما بين هذه وتلك من وثيق الصلات في نواح عدة . وقد بلغ من أمر هذه الصلات أن حدد بعض التقنيات ، كالتقنين السويسري والتقنين البولوني ، إلى الخروج على ذلك التقليد وجمع هاتين الطائفتين من الأحكام تحت عنوان مشترك هو تنفيذ الالتزامات . على أن اختيار مذهب الفصل قد اقتضى المشروع عناية خاصة لتجنب التكرار ، حيث لا يؤمن توقيه إزاء ما بين هذه الأحكام جميعاً من قوة الارتباط » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٦٦ — ص ١٦٧) .

(٢) ويشير بيدان ولا جارد إلى أن فكرة الاتفاق بين الدائن والمدين على الوفاء تخفى عادة تحت ستار محل مادي هو تسلم الدائن من المدين ما يوفى هذا به الدين . على أن فكرة الاتفاق هذه تبرز إذا وقع نزاع بين الطرفين على صحة الوفاء . وتسلم الدائن ما يعطيه المدين وفاء لديته هو قبول لهذا الوفاء ، ومن شأنه أن ينقل عبء الإثبات من المدين إلى الدائن . فقبل هذا التسلم كان المدين هو المكلف بإثبات إنه عرض على الدائن وفاء صحيحاً ، ولكن بعد التسلم يكون الدائن هو المكلف بإثبات أن الوفاء الذي قبله من المدين لم يكن وفاء صحيحاً . ذلك أن قبول الدائن الوفاء عن طريق تسلمه ما أعطاه إياه المدين قرينة على أن الوفاء صحيح ، فإذا ادعى الدائن عكس ذلك فعليه هو يثبته الإثبات (بيدان ولا جارد ٨ فقرة ٤٦١ - ٤٦٣) .

ونتناول بالبحث كلا من هذين الأمرين .

١٥ - الوفاء اتفاق

٣٥٩ - ما يترتب على أنه الوفاء اتفاق : ما دام الوفاء اتفاقاً

(convention) بين الموفى والموفى له ، فهو إذن تصرف قانوني (acte juridique) يجرى عليه ، من الأحكام ما يجرى على سائر التصرفات القانونية (١) .

فلا بد فيه من التراضي ، أى تراضى الموفى والموفى له على وفاء الالتزام . والتراضي يكون بالتعبير عن الإرادة على النحو المقرر قانوناً . ويغلب أن يكون التنفيذ المادى للالتزام هو نفسه تعبير عن هذه الإرادة ، فتسليم الموفى الشيء الذى التزم به هو إيجاب ، وتسلم الموفى له هذا الشيء على أنه وفاء للدين هو القبول .

ويشترط فى هذا التراضي أن يكون صادراً مع ذى أهلية ، وستكلم فى أهلية الموفى وأهلية الموفى له فيما يلى . ويشترط أيضاً أن يكون خالياً من عيوب الإرادة من غلط وتدليس وإكراه (٢) واستغلال ، فإذا داخل الوفاء شيء من ذلك كان قابلاً للإبطال . ومن ثم فإن الموفى إذا وقع فى غلط واعتقد بحسن نية أنه يوفى ديناً عليه ولا دين ، فإنه يستطيع استرداد ما وفى به عن طريق إبطال هذا التصرف القانونى المشوب بالغلط وهو الوفاء . وهذا هو المبدأ المعروف باسترداد غير المستحق ، يقوم على هذا الأساس القانونى . وكذلك الأمر لو أكره الموفى على وفاء دين انقضى ، ثم وجد فى أوراقه الخفاصة التى تثبت أنه هو أو مورثه كان قد وفى بالدين ، فإنه يستطيع هنا أيضاً استرداد غير المستحق عن طريق إبطال الوفاء المشوب بالإكراه (٣) .

(١) بيتان ولا جارد ٨ مقرة ٤٦٠ .

(٢) استئناف مغلط ١٥ يونيو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٢١ .

(٣) استئناف مغلط ٢٦ مارس سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١٥١ - ١١ مارس سنة ١٩٤٨

كذلك يجب أن يكون الوفاء - شأنه في ذلك شأن كل تصرف قانوني - محل وسبب .

فحل الوفاء هو نفس محل الدين الذي يوفى به ، وسيأتي الكلام فيه تفصيلاً . وسبب الوفاء هو قضاء الدين ، وهذا هو الباعث الرئيسي لهذا التصرف القانوني (١) . فإذا كان الدين غير مشروع ووفاء المدين بالرغم من عدم مشروعيته ، فإن سبب الوفاء يكون هنا غير مشروع ، ومن ثم يقع باطلاً ، ويجوز للموفا أن يسترد ما دفعه ، ولا يعترض ذلك القاعدة القديمة التي كانت تقضى بأن المحل غير المشروع إذا وفى به لا يسترد (٢) .

ثم إن الوفاء ، باعتباره تصرفاً قانونياً ، يخضع للقواعد العامة في إثبات التصرفات القانونية . ولما كان هذا الحكم في حاجة إلى شيء من التفصيل ، فنتناوله الآن بالبحث .

٣٦٠ - إثبات الوفاء - النصوص القانونية : قدمنا عند الكلام

في الإثبات (٣) أن إثبات الوفاء بالالتزام يقع عبؤه على المدين (٤) ، ويثبت بالطرق التي يثبت بها قيام الالتزام ، فلا بد من الكتابة أو ما يقوم مقامها فيما زادت قيمته على عشرة جنيهات ، وإلا جازت الينة والقرائن .

غير أن التقنين الجديد أورد نصاً خاصاً في إثبات الوفاء ، هو المادة ٣٤٩ ، وتجري على الوجه الآتي :

١ - لمن قام بوفاء جزء من الدين أن يطلب مخالصة بما وفاء مع التأشير على سند الدين بمحصل هذا الوفاء . فإذا وفى الدين كله ، كان له أن يطلب

(١) والوفاء يفترض وجود دين سابق يوفى به ، فسبب الوفاء إذن مفروض . وإذا ادعى الموفى أنه لم يكن يوجد دين سابق وأن الوفاء كان من غلط وقع فيه ، ف عليه هو إثبات ذلك (بلانيول وريبير وبولانجه ٢ فقرة ١٥٤٠ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٤٩) .

(٢) انظر الوسيط جزء أول فقرة ٣٣٨ .

(٣) انظر الجزء الثاني من الوسيط .

(٤) استئناف مخطوط ١٣ نوفمبر سنة ١٨٨٩ م ١ ص ٣١٩ .

رد سند الدين أو إلغائه ، فإن كان السند قد ضاع كان له أن يطلب من الدائن أن يقر كتابة بضائع السند .

٢ - فإذا رفض الدائن القيام بما فرضته عليه الفقرة السابقة ، جاز للمدين أن يودع الشيء المستحق إيداعاً قضائياً (١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٤٨٦ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى :

١ - لمن قام بالوفاء أن يطلب عالة بما وفاه مع التأشير على سند الدين بمحصل هذا الوفاء ، ويكون كل ذلك على نفقته . فإذا انقضى الدين كله ، كان له أن يطلب رد سند الدين أو إلغائه ، فإن كان السند قد ضاع ، كان له أن يطلب من الدائن إقراراً كتابياً بضائع السند . ويجب أن يكون توقيع الدائن على الإقرار مصدقاً عليه ، وتكون نفقة التصديق على الدائن ٢ - فإذا رفض القيام بما فرضته عليه الفقرة السابقة ، جاز للمدين أن يودع الشيء المستحق إيداعاً قضائياً . وفى لجنة المراجعة حلفت عبارة « ويكون كل ذلك على نفقته » الواردة فى الفقرة الأولى اكفاء بالحكم الوارد فى المادة السابقة الذى يقضى بأن تكون نفقات الوفاء على المدين ، وأصبح رقم المادة ٣٦١ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب . وفى لجنة مجلس الشيوخ حذف من آخر الفقرة الأولى عبارة « ويجب أن يكون توقيع على الإقرار مصدقاً عليه ، وتكون نفقة التصديق على الدائن » لأنها قد تصرف للنظر إلى أن عدم التصديق يسقط حجية الإقرار ، فضلاً عما ينشأ عن بقائها من حرج وإشكالات فى المعاملات ، وأصبح رقم المادة ٣٤٩ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدته لجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٣١ - ص ٢٣٢) .

ولا مقابل لهذا النص فى التفتين المدنى السابق ، ولكن الحكم كان معمولاً به دون نص لاتفاقه مع القواعد العامة .

ويقابل النص فى التفتينات المدنية العربية الأخرى : التفتين المدنى السورى م ٣٤٧ (مطابقة لمادة ٣٤٩ من التفتين المدنى المصرى) .

التفتين المدنى اليابى م ٣٣٦ (مطابقة لمادة ٣٤٩ من التفتين المدنى المصرى) .

التفتين المدنى العراقي : لا مقابل فيه ، ولكن يمكن العمل بهذا الحكم فى العراق لاتفاقه مع القواعد العامة (انظر الأستاذ حسن الذنون فى أحكام الالتزام والقانون المدنى العراقى فقرة ٣٠١) .

تفتين الموجبات والمقود البناني م ٣٠٥ : يثبت الإيفاء عادة بسند الإيصال الذى يطلبه الدائن للمدين ، وهو مثبت لتاريخه بنفسه بالنظر إلى المتعاقدين أنفسهم . وإذا لم يكن هناك سند لإيصال فيمكن استخراج البينة إما من قيود سجلات الدائن وأوراقه البيئية ، وإما من القيود التى كتبها الدائن ذيل أو هامشاً على سند الدين .

م ٣٠٦ : يحق للمدين الذى قام بالإيفاء التام أن يطلب ، علاوة على سند الإيصال ، تسليم السند نفسه إليه أو إتلته . أما إذا كان الإيفاء جزئياً فيمكنه أن يطلب ، علاوة على سند الإيصال ، ذكر ما دفعه على سند الدين المحفوظ عند الدائن .

ولا نعيد هنا ما قدمناه في إثبات الوفاء بالالتزام (١) من جواز إثبات الوفاء بمخالصة مكتوبة ، ومن أن المخالصة يجوز أن تسرى في حق الغير ولو لم تكن ثابتة التاريخ (م ٢/٣٩٥ مدني) . كذلك نشير هنا إلى ما قدمناه في قسم الإثبات من أن الدفاتر والأوراق المنزلية تكون حجة على من صدرت منه إذا ذكر فيها صراحة أنه استوفى ديناً (م ٣٩٨ بند أ مدني) ، وإلى أن التأشير على سند بما يستفاد منه براءة ذمة المدين حجة على الدائن إلى أن يثبت العكس ولو لم يكن التأشير موقفاً منه ما دام السند لم يخرج قط من حيازته ، وكذلك يكون الحكم إذا أثبت الدائن بخطه دون توقيع ما يستفاد منه براءة المدين في نسخة أصلية أخرى للسند أو في مخالصة وكانت النسخة أو المخالصة في يد المدين (م ٣٩٩ مدني) .

على أن نص المادة ٣٤٩ المتقدم الذكر يضيف شيئاً جديداً إلى ما سبق أن ذكرناه . فالأصل أن المدين إذا وفى بالدين أو بجزء منه ، فمن حقه أن يحصل من دائته على دليل لإثبات هذا الوفاء . فان كان القانون يتطلب سنداً مكتوباً ، فمن حقه أن يحصل من دائته على مخالصة مكتوبة ، وهذا هو الدليل المألوف لإثبات الوفاء الكلي أو الجزئي . إلا أن المادة ٣٤٩ مدني أضافت إلى ذلك أن من حق المدين أيضاً ، بالإضافة إلى هذه المخالصة ، أن يطلب من الدائن رد السند الأصلي للمدين أو لإعدام هذا السند أو إلغائه إذا كان الوفاء كلياً ، فان كان الوفاء جزئياً كان للمدين أن يطلب التأشير على السند بما وفاه . والغرض من ذلك إمعان في الاحتياط للتزود بمختلف الأدلة على الوفاء ، فان المخالصة قد تضعف فلا يبقى عند المدين دليل لإثبات الوفاء . أما إذا رد السند الأصلي للمدين أو ألغى في حالة الوفاء الكلي ، أو أشر عليه بالوفاء الجزئي ، فقد امتنع على الدائن أن يطالب بالدين أو بما وفى منه مرة أخرى ، حتى لو ضاعت المخالصة من المدين . ونفقة كل ذلك على المدين ، فان نفقات الوفاء عليه (م ٣٤٨ مدني) ، وقد كان المشروع التهديد يشتمل على نص في هذا المعنى فحذفته لجنة المراجعة لعدم الحاجة إليه (٢) .

(١) انظر الجزء الثاني من الوسيط .

(٢) انظر تاريخ نص المادة ٣٤٩ في نفس الفقرة في الهامش .

وإذا كان السند الأصل الدين قد ضاع من الدائن، أو ادعى الدائن ضياعه، فعل الدائن في هذه الحالة أن يقر كتابة بضياع السند. وليس من الضروري أن يكون هذا الإقرار مصدقاً على الإمضاء فيه، ولكن التصديق يجعل للمدين في مأمن من إنكار الدائن لتوقيعه إلا عن طريق الطعن بالتزوير (١).

وقد أوجب القانون على الدائن أن يعطى لمدينه المخالصة، وإن برد له في الوقت ذاته السند أو يعلمه أو يلغيه أو يؤشر عليه بالوفاء الجزئي أو يكتب له إقرار بضياعه، إلى حد أنه لو امتنع من ذلك، جاز للمدين أن يلجأ في وفاء دينه إلى طريق العرض الحقيقي بما يتضمنه هذا العرض من مصروفات تكون على حساب الدائن لامتناعه بغير حق من تمكين المدين من طرق إثبات الوفاء التي قررها القانون.

ويلاحظ أن الجمع بين المخالصة وتسليم السند أو إعدامه أو إلغائه أو التأشير عليه بالوفاء الجزئي أو الإقرار المكتوب بضياعه ليس ضرورياً، وإنما هو كما قلنا إمعان في الاحتياط. فيجوز للمدين أن يكتب بالمخالصة، وتكون دليلاً كاملاً على الوفاء الكلي أو الجزئي. كما يجوز له أن يكتب باسترداد السند أو إعدامه أو إلغائه، ولكن هذا كما يكون قرينة على الوفاء قد يكون أيضاً قرينة على الإبراء (٢). أما التأشير بالوفاء الجزائي فهو دليل كامل على هذا الوفاء، ولا ينحس عليه من الضياع، فانه لا يضيغ إلا إذا ضاع سند الدين نفسه (٣).

(١) وقد كان المشروع التهديد يقتل كل نص يقتضي بأن يكون الإقرار مصدقاً عليه وبأن تكون نفقة التصديق على الدائن، ولكن لجنة مجلس الشيوخ حلفت هذا النص، حتى لا ينصرف اللعن إلى أن عدم التصديق يحبط حجة الإقرار، ولتجنب تمقيد الإجراءات (انظر تاريخ نص المادة ٣٤٩ في نفس الفقرة في المامش).

(٢) بلانول وريبر وودوان ٧ فقرة ١٢٠١.

(٣) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التهديد في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٢٢، والمادة ٨٨ من تقنين الالتزامات السويسري.

وقد قفست محكمة النقض بأنه إذا فُرت محكمة الموضوع كلمة « مناول » الواردة في وصول بأنها لا تقطع بأن المرفق دفع للدين من مال الخاص، فاتها لا تكون قد انخرقت من المعنى الذي ترويه هذه العبارة ولم تخطئ في تطبيق القانون إذا هي أحالت الأمر إلى التحقيق لإثبات أن المبلغ قد دفع من مال المتسلك بهذا الوصول (نقض مدني ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢ ص ٤٥).

٢٥ - الوفاء اتفاق على قضاء الدين

٣٦١ - الوفاء اتفاق له مقومات خاصة : على أن الوفاء ، إذا كان نفاقاً ، فهو اتفاق له مقومات الخاصة . فهو اتفاق على قضاء دين قائم ، له أطراف معينة وعمل معلوم . فهو ليس كالاتفاق الذي ينشئ الالتزام ، وإن كان يقابله . ذلك أن الاتفاق الذي ينشئ الالتزام ابتداء أساسه الحرية الكاملة للمتعاقدين . لها أن يتفقا وألا يتفقا ، فإبرام العقد الذي ينشئ الالتزام ليس مفروضاً عليهما . وإذا اختارا الاتفاق ، فلهما الحرية الكاملة في أن يعينا عمل الالتزام الذي يكون موضوع اتفاقهما ، يستطيعان أن يعينا هذا العمل أو ذاك ، ويستطيعان بعد ذلك أن يعدلا فيه فيزيده أو ينقصه أو يستبدلا به بحلاً آخر .

أما الوفاء فهو اتفاق على قضاء دين قائم كما قدمنا . فهو حتم مفروض على كل من المدين والدائن ، وعمله هو نفس عمل الدين الذي يوفى به لا يزيد ولا ينقص ولا يتحور (١).

فهناك إذن مسألتان : (١) الوفاء اتفاق مفروض على كل من المدين والدائن . (٢) وهو اتفاق عمله مفروض أيضاً على الطرفين ، إذ هو نفس عمل الدين القائم .

= ونقصت أيضاً بأنه إذا كان المدعى عليه يستند في إثبات برائة ذمته من الدين لا إلى تصرف قانوني بل إلى واقعة مادية هي استيلاء المجرع على الزراعة التي كانت قائمة بالعين المؤجرة ، وأن قيمة ما استولى عليه يزيد على قيمة الإيجار المطالب به ، فإنه لا تثريب على المحكمة إن هي أحالت الدعوى إلى التحقيق لإثبات هذه الواقعة ، حتى لو كان الإيجار الذي يتسكك المستأجر ببرائة ذمته منه يزيد على نصاب البيئنة (نقض مدني ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام للنقض ٦ رقم ٤ ص ٥٥) .

والمخالصة بقطع متأخر قرينة الوفاء بالأقساط المتقدمة على هذا القطع ، إلا إذا أثبت الدائن غير ذلك . وتقول المادة ٨٨٥ مدني في هذا المعنى إن الوفاء يقطع من الأجرة قرينة الوفاء بالأقساط السابقة على هذا القطع ، حتى يقوم الدليل على العكس (استئناف مخطوط ٢٨ مايو سنة ١٩٩١ م ٣ ص ٣٦٠) وتسليم سند الدين للمدين قرينة على الوفاء بالدين ، إلا إذا أثبت الدائن غير ذلك (استئناف مخطوط ٢٥ أبريل سنة ١٩٩٤ م ٦ ص ٢٤٧ - ١٣ فبراير سنة ١٩٩٦ م ٨ ص ١١٧) .

(١) أنظر ما يقارب هذا المعنى في بيدان ولا جارد ٨ فقرة ٤٦٠ .

٣٦٢ — الوفاء اتفاق مفروض على كل من المدين والمدين :

لما كان الوفاء هو اتفاق على قضاء دين واجب ، فليس ثمة محيص لكل من المدين والدائن من إبرام هذا الاتفاق ، والوجوب هنا مستمد من وجوب قضاء الدين . فالوفاء اتفاق مفروض أولاً على المدين . ذلك أنه يجب عليه وفاء الدين ، فالاتفاق مع الدائن على هذا الوفاء يكون واجباً عليه . وإذا لم يتم بهذا الواجب ، كان الجزاء هو إجباره على وفاء التزامه عن طريق التنفيذ القهرى ، وإجراءات التنفيذ لإجراءات مادية فى مجموعها .

ثم إن الوفاء اتفاق مفروض بعد ذلك على الدائن نفسه ، فلا يملك الدائن أن يمتنع عن قبول الوفاء . ولو عرض المدين الدين على الوجه الواجب قانوناً ، وامتنع الدائن عن قبوله ، فانه يجبر على القبول من طريق إجراءات العرض الحقيقى التى سيأتى تفصيلها . وحينئذ يصبح الوفاء الذى يشتمل عليه العرض الحقيقى تصرفاً قانونياً بارادة منفردة (acte juridique unilatéral) هى إرادة المدين ، وليس اتفاقاً (convention) بين المدين والدائن . ومن ذلك نرى أن الوفاء يكون فى الأصل اتفاقاً ما بين المدين والدائن ، إلا إذا رفض الدائن دون حق قبول الوفاء وعرض المدين الدين عرضاً حقيقياً ، فعندئذ يصبح الوفاء تصرفاً قانونياً بارادة منفردة هى إرادة المدين وحده (١) .

٣٦٣ — الوفاء اتفاق محل هو نفس محل المبنى الواجب الوفاء :

ولا يملك الطرفان ، كما قدمنا ، أن يغيرا محل الوفاء ، فهذا المحل يجب أن يكون هو نفسه محل الدين الواجب الوفاء . فان كان المحل نقداً ، وجب أن يكون الوفاء بهذا النقد . وإن كان عيناً أو عملاً أو امتناعاً عن عمل ، وجب أن يكون الوفاء بهذا نفسه دون أى تحوير . ولا يستطيع المدين أن يجبر الدائن على أن يقبل الوفاء بغير محل الدين ولو كان ما بقى به أكثر مما التزم ، وكذلك لا يستطيع الدائن أن يجبر المدين على أن يقبل له بغير محل الدين ولو كان هذا أقل من قيمة

(١) قارب دى باج ٣ فقرة ٣٩٦ — وقارن الأستاذ عبد الحى حجازى ٢ ص ٨ —

الدين . فلا خيار إذن لا للمدين ولا للدائن في تعيين محل الوفاء ، بل يجب أن يكون هو عين محل الدين الواجب الأداء . أما إذا وفى المدين بغير محل الدين ، فليس هذا وفاء بل هو وفاء بمقابل ، وهو يقتضى اتفاق المدين والدائن ، ولا يتم بإرادة أحدهما دون الآخر كما سئرى .

وبتبيين من ذلك أن القومات الخاصة للوفاء هى أنه مفروض على طرفيه ومفروض فى محله . فتكلم فى الوفاء : (١) على طرفيه (٢) ثم على محل الوفاء ، متابعين فى ذلك الترتيب الذى سار عليه التفتين المدنى الجديد (١) .

(١) ولم يستحدث التفتين المدنى الجديد شيئاً كثيراً فى الوفاء عما كان عليه التفتين المدنى السابق ، فيما خلا أن التفتين المدنى الجديد قد ضبط حدود بعض الأحكام ، كما فعل فى النصوص الخاصة بتعيين من يصح الوفاء منه والنصوص المتعلقة بالوفاء مع الحلول وما يترتب عليه من آثار وما ينشأ فى شأنه من تراحم . كذلك عرض التفتين الجديد لقواعد الموضوعية المتعلقة بالمرض الحقيق والإبداع ، وترك الإجراءات الشكلية لتفتين المرافعات (أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع المنهذى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٦٧ — ص ١٦٨) .

الفصل الأول

طرفا الوفاء

٣٦٤ - **الموفى والموفى له** : طرفا الوفاء هما الموفى ويغلب أن يكون هو المدين نفسه وقد يكون غير المدين ، والموفى له ويغلب أن يكون الدائن وقد يكون غير الدائن .

الفرع الأول

الموفى (Solveme)

٣٦٥ - **يشترط لصحة الوفاء من الموفى الملكية وأهلية التصرف** -
التصوص القانوني : تنص المادة ٣٢٥ من التقنين المدني على ما يأتي :

١ - يشترط لصحة الوفاء أن يكون الموفى مالكا للشيء الذي وفى به ، وأن يكون ذا أهلية للتصرف فيه .

٢ - ومع ذلك فالوفاء بالشيء المستحق ممن ليس أهلا للتصرف فيه يتفقى به الالتزام إذا لم يلحق الوفاء ضرراً للموفى (١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٤٦٠ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٢٧ من المشروع النهائي ، فجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٣٢٥ (مجموعة الأعمال التشريعية ٣ ص ١٧٤ - ١٧٥) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادتين ٢٢٨/١٦٥ و ٢٢٩/١٦٦ (٢).
ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري
المادة ٣٢٤ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣١٢ - وفي التقنين المدني العراقي
المواد من ٣٧٦ إلى ٣٧٨ - ولا مقابل لها في تقنين الموجبات والعقود اللبناني (٣).

(٢) التقنين المدني السابق م ٢٢٨/١٦٥ : يشترط لصحة الوفاء أن يكون المدين أهلاً
للتصرف والدائن أهلاً لقبول .

م ٢٢٩/١٦٦ : ومع ذلك يزول الدين بدفعه من ليس أهلاً للتصرف إذا كان مستحقاً عليه ولم
يعد عليه ضرر من دفعه - (وتنق أحكام التقنين المدني السابق مع أحكام التقنين المدني الجديد) .
(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٣٢٤ (مطابقة المادة ٣٢٥ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٣١٢ (مطابقة المادة ٣٢٥ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٣٧٦ : يشترط لنفاذ وفاء الدين والبراءة منه أن يكون الدافع مالكا
لما دفعه ، فإن استحق بالبينة وأخله صاحبه أو هلك وأخذ بدله ، فلدائن الرجوع بدنه على غريمه .
م ٣٧٧ : إذا كان المدين صغيراً بيزاً ، أو كبيراً محتوفاً ، أو عجوزاً عليه لسفه أو غفلة ،
ودفع الدين الذي عليه ، صح دفعه ما لم يلحق الوفاء ضرراً بالمؤق .
م ٣٧٨ : لا يصح للمدين أن يوفى دين أحد غرمائه في مرض موته إذا أدى هذا إلى الإضرار
ببقية الدائنين .

(وهذه النصوص تنفق في أحكامها مع أحكام التقنين المصري . وصياغتها تسير وفقه
الإسلام كما هو ظاهر . وقد جاء في المادة ٣٧٦ أن المدفوع إذا استحق بالبينة كان لدائن الرجوع
بدنه على المدين ، تخرجاً من أن يكون المدفوع قد استحق بإقرار الدائن فلا رجوع له في هذه
الحالة لأن الإقرار حجة قاصرة على المقر . وجاء في المادة ٣٧٨ أن المدين إذا وفى ديناً وهو
في مرض موته ، وكان ماله لا يسع الوفاء بجميع ديونه ، فأدى الوفاء بالدين إلى الإضرار ببقية
الدائنين ، فإن الوفاء لا يصح . وليس ذلك إلا تطبيقاً لفقهاء الإسلام في تصرفات المريض مرض
الموت . وهذا الحكم يصح تطبيقه في مصر على أساس أن الوفاء في هذه الحالة تصرف صدر من
مدين مسر ، ما دام الوفاء قد أدى إلى الإضرار ببقية الدائنين ، فلا يسرى في حقهم إذا كان
قد تم نتيجة توافق بين المدين والدائن الذي استوفى حقه (م ٢/٢٤٢ مدني) . انظر الأستاذ
حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني للعراق فقرة ٢٨٣ . وهو يذهب إلى أن هناك
تعارضاً بين القول بصحة الوفاء الصادر من ناقص الأهلية إذا لم يلحق به ضرراً والقول بأن
تصرفات ناقص الأهلية موقوفة على الإجازة . ونرى أن هذا التعارض - إن وجد - لا يجوز
أن يمنع المشرع من تصحيح الوفاء الصادر من ناقص الأهلية ما دام هذا التصرف لم يلحق به
ضرراً ، فهو في هذه الحالة تصرف نافع إذ قضى الدين الذي في ذمته) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني : لا مقابل فيه . ولكن نص التقنين المصري ليس إلا تطبيقاً
لقواعد العامة ، فيصح تطبيق حكمه في لبنان دون حاجة إلى نص .

ويستخلص من هذا النص أنه يشترط لصحة الوفاء ، سواء كان الموفى هو المدين نفسه أو كان غير المدين ، أمران : (١) ملكية الموفى للشيء الذي وفى به (٢) وأهليته لتصرف في هذا الشيء .

وغنى عن البيان أن هذين الشرطين يفترضان أن محل الالتزام شيء لم تنتقل ملكيته إلى الدائن بمجرد نشوء الالتزام أو عين معينة تراخى نقل الملكية فيها . أما إذا كان محل الالتزام نقوداً أو عملاً أو امتناعاً عن عمل ، فإن النص لا ينطبق (١) .

٣٦٦ - ملكية الموفى للشيء الذي وفى به : لا بد أن يكون الموفى

مالكاً للشيء الذي وفى به الدين ، لأن المقصود بالوفاء هو نقل ملكية هذا الشيء للدائن ، ولا يستطيع الموفى أن ينقل للدائن ملكية شيء لا يملكه ، فتخلف الغاية من الوفاء ، ويكون الوفاء قابلاً للإبطال على غرار بيع ملك الغير (٢) .

ويبقى الوفاء قابلاً للإبطال حتى لو انتقلت ملكية الشيء إلى الدائن بسبب عارض غير الوفاء ، كما لو كان الشيء منقولاً وكان الدائن حين تسلمه من المدين حسن النية فلن يملكه بسبب الحيازة ، أو كان عقاراً وملكه بالتقادم القصير مع حسن النية (٣) ، ففي مثل هذه الأحوال لا يكون الدائن مجبراً على التمسك بالحيازة أو بالتقادم إذا كان ضميره يأبى عليه أن يتمسك بذلك ، وله أن يرد الشيء على صاحبه ، وأن يطالب المدين بالوفاء مرة ثانية إذ وقع الوفاء الأول باطلاً كما قدمنا (٤) .

والذي يتمسك ببطالان الوفاء في الأصل هو الدائن الذي تقرر البطالان

(١) أوبري ورد ٤ فقرة ٣١٦ ص ٢٢٣ — ديولوب ٢٧ فقرة ٨٦ — هيك ٨ فقرة ١٤ — لوران ١٧ فقرة ٤٩٣ .

(٢) وقد ورد في بيع ملك الغير نص يقضى بأن يكون قابلاً للإبطال ، وكذلك الوفاء بملك الغير فإن نص المادة ٣٢٥ مدني يقضى بعدم صحته ، وتكفي عدم الصحة هنا والتقابلية للإبطال .

(٣) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التفسيرية ٣ ص ١٧٥ .

(٤) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤١٢ وفقرة ١٤١٣ — بليسول وريير ورومان ٧

لمصلحته . ولما كان هذا الوفاء لا يسرى في حق المالك الحقيقي للشيء الموق به ، فإن لهذا أن يسترده من الدائن بدعوى استحقاق لأن الوفاء لم ينقل ملكية الشيء إلى الدائن كما قلنا ، فبقى الشيء على ملك صاحبه فله إذن أن يسترده ، وذلك ما لم يكن الدائن قد ملك الشيء بالحيازة أو بالتقادم كما سبق القول . وكما يستطيع المالك أن يسترد الشيء يستطيع على العكس من ذلك أن يجيز الوفاء فيزول بطلانه ، قياساً على صحة بيع ملك الغير بأجازة المالك الحقيقي ، فتنتقل ملكية الشيء إلى الدائن بهذه الأجازة ، وينقلب الوفاء صحيحاً وينقضى به الدين (١) .

وإذا أجاز الدائن الوفاء زال بطلانه أيضاً ، ولكن مادام المالك لم يجزه يبقى الوفاء غير سار في حقه ولا تنتقل ملكية الشيء إليه ، فبقى الدين دون وفاء . بل إن للمدين ، سواء أجاز الدائن الوفاء أو لم يجزه ، أن يطلب استرداد الشيء ليرده على صاحبه ، ولكن بشرط أن يوفى الدائن شيئاً معادلاً له تماماً قبل أن يسترده (٢) .

(١) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤١١ .

(٢) ويضطرب الفقه في تكييف هذه الدعوى التي يسترد بها المدين الشيء من الدائن . فهي ليست بدعوى استحقاق ، لأن المدين ليس مالِكاً للشيء . وهي ليست بدعوى استرداد غير المستحق لأن الدائن عندما تسلّم الشيء من المدين كان دائماً له قبلاً . وقد ذهب البعض إلى أن المدين يتسكع ببطلان الوفاء كما يتسكع به الدائن نفسه (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٠٩) ، ولكن الوفاء إنما هو قابل للإبطال لمصلحة الدائن لا لمصلحة المدين ، فالذي يتسكع ببطلانه هو الدائن دون المدين . وذهب بعض آخر إلى أن هذه دعوى من طبيعة خاصة ، تقوم على أساس مصلحة المدين في وضع حد لوفاء غير صحيح قام به فأصبح مسئولاً عن رد الشيء إلى صاحبه ، وهو يتسجل استرداد الشيء حتى يتمكن من رده (بلانويول وريبير ورومان ٧ فقرة ١١٥٢ ص ٥٥٣ — وقارن بلانويول وريبير وبولانيه ٢ فقرة ١٥٤٥ ص ٥١٢) .

ويبدو أن استرداد المدين للشيء من الدائن إنما هو محض تصحيح لوفاء غير الصحيح الذي قام به من قبل . وقد رأينا أن المدين لا يستطيع أن يسترد الشيء من الدائن قبل أن يسلمه بدلاً منه شيئاً معادلاً له تماماً ، حتى لو أن الشيء الذي كان قد وفى به أولاً أحل من الصف المتوسط الذي كان يحق له أن يختاره لم يستطيع أن يسترد هذا الشيء إلا بعد أن يسلم للدائن شيئاً من نفس الصف الأقل لا من الصف المتوسط ، وحتى لو كان الالتزام تخييرياً واختار المدين أحد التخييرين لم يستطيع استرداده إلا بعد أن يسلم للدائن شيئاً معادلاً له تماماً دون الشيء الآخر (انظر في هذا المعنى ديولومب ٢٧ فقرة ١٠٢ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤١٨) . فإذا كان الدائن يتسلم شيئاً معادلاً تماماً للشيء الذي أخذه ، فلهيست له أية مصلحة في منع المدين من تصحيح العمل الخاطئ =

ونفرض في هذا كله أن الشيء الموفى به لا يزال باقياً في يد الدائن . أما إذا كان الدائن قد استهلكه ، وهو وقت تسلمه له وقت استهلاكه إياه كان حسن النية ، أو اختلط بملكه اختلاطاً لا يمكن معه تمييزه وكان حسن النية على الوجه المتقدم (١) ، فإنه يصبح بحكم الواقع مستوفياً لدينه ، وليس له أن يطالب بالوفاء به مرة أخرى . أما المالك الحقيقي فلا يستطيع الرجوع عليه بدعوى الاستحقاق لأن الشيء لم يعد موجوداً ، ولا بدعوى تعويض لأنه حسن النية ولم يصغر منه أى خطأ . وإنما يرجع المالك على المدين ، إما بدعوى تعويض إذا كان المدين سيئ النية ، أو بدعوى الإثراء بلا سبب إذا كان حسن النية .

لكن إذا هلك الشيء في يد الدائن بسبب أجنبي ، فإن هلاكه في هذه الحالة لا يمنع الدائن من طلب إبطال الوفاء . فيطالب المدين بالوفاء مرة أخرى ، ولا يكون مسئولاً عن رد الشيء الذي تسلمه لأنه هلك بسبب أجنبي (٢) . ولا يرجع المالك على المدين في هذه الحالة إلا إذا كان المدين سيئ النية .

وغنى عن البيان أن الدائن لو علم منذ البداية ، وقبل أن يتسلم الشيء الموفى به ، أن هذا الشيء ليس بملك الموفى ، فإن له أن يمتنع عن أخذه ، ولا يستطيع الموفى أن يجبره على تسلمه (٣) .

— الذى قام به ، فيجب أن يرد له الشيء بعد أن يأخذ ما يماذله ، وهذا حكم للمدانة فيه وجه ظاهر .

ويترتب على أن المدين الحق في استرداد الشيء من الدائن بعد أن يعطيه شيئاً يماذله ما يأتي :
١ — إذا كان الشيء منقولاً مثلاً وملكه الدائن حسن النية بسبب الحيازة ، لم يستطيع المالك استرداده منه . ولكن المدين يستطيع الاسترداد كما قدمنا ، متى استرد جاز المالك في هذه الحالة أن يسترد الشيء من المدين بعد أن كان لا يستطيع استرداده من الدائن . ٢ — في المثل المتقدم إذا تأخر المدين عن استرداد الشيء من الدائن ، جاز للمالك — باعتباره دائناً بالتعويض للمدين — أن يستعمل دعوى المدين في استرداد الشيء من الدائن ، بعد أن عجز عن استرداده بدعوى مباشرة (انظر في هذا المبنى بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤١٧ ص ٥١٧ — ص ٥١٨) .

(١) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٢١ .

(٢) ماركاويه ٤ فقرة ٦٨٤ — ديولوسب ٢٧ فقرة ٩٦ — لوران ١٧ فقرة ٤٩٧ — هيك ٨ فقرة ١٥ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤١٦ — عكس ذلك ديوانتون ١٢ فقرة ٣٢ .

(٣) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٠٨ .

٣٦٧ - أهلية الموفى للتصرف في الشيء الموفى به : ويجب لصحة

الوفاء كذلك أن يكون الموفى أهلاً للتصرف في الشيء الموفى به . فلا يكتفى إذن أن يكون مالكا للشيء ، بل يجب أن يكون مالكا وأهلاً للتصرف . وأهلية التصرف تقتضى بلوغ سن الرشد وألا يكون الموفى محجوراً عليه .

فإذا كان الموفى مالكا للشيء الموفى به ولكنه غير أهل للتصرف فيه ، بأن كان مثلاً قاصراً أو محجوراً عليه ، فإن الوفاء يكون هنا أيضاً قابلاً للإبطال ، ولكن لسبب نقص الأهلية لا لسبب انعدام الملكية . وتختلف القابلية للإبطال هنا عن القابلية للإبطال هناك فيما يأتي :

(١) القابلية للإبطال هنا مقررة لمصلحة ناقصة الأهلية ، فلا يتمسك بها إلا الموفى ، ولا يجوز أن يتمسك بها الدائن مادام كامل الأهلية وقد استوفى حقه استيفاء صحيحاً . وقد رأينا في حالة انعدام الملكية أن الدائن هو الذى يتمسك في الأصل بإبطال الوفاء إذ هو مقرر لمصلحته ، أما الموفى فيسترد الشيء بدعوى خاصة لا بدعوى الإبطال لاعتبارات تتعلق بالعدالة .

(٢) وإذا هلك الشيء بسبب أجنبي في يد الدائن ، كان الهلاك عليه ، إذ ليس له حق التمسك بإبطال الوفاء كما قدمنا ، وليس من المعقول في هذه الحالة أن المدين يتمسك بإبطال الوفاء وإلا لما استرد الشيء بعد أن هلك بسبب أجنبي ولوجب عليه الوفاء بالمدين مرة أخرى . وقد رأينا في حالة انعدام الملكية أن الشيء إذا هلك بسبب أجنبي لم يهلك على الدائن ، بل له أن يتمسك بإبطال الوفاء وأن يطالب المدين بالوفاء مرة أخرى .

(٣) ويمكن القول بوجه عام إن المدين إذا لم تتحقق له مصلحة في إبطال الوفاء ، بأن كان الوفاء لم يلحق به أى ضرر ، فإن له أن يبقى الوفاء قائماً فينتفى به الدين : لا يطلب إبطاله إذ لا مصلحة له في ذلك ، ولا يستطيع الدائن الدائن إبطاله إذ لاحق له في التمسك بالإبطال . وهذا ما نصت عليه صراحة الفقرة الثانية من المادة ٣٢٥ مدنى إذ تقول : « ومع ذلك فالوفاء بالشيء المستحق ممن ليس أهلاً للتصرف فيه ينتفى به الالتزام إذا لم يلحق الوفاء ضرراً بالموفى » .

على أنه قد يحدث أن تكون للمدين مصلحة في التمسك بإبطال الوفاء ، فعند ذلك يكون من حقه أن يبطله ، وأن يسترد الشيء الموفى به على أن يبقى للمدين بعد ذلك وفاء صحيحا . ويتحقق ذلك بنوع خاص إذا كان المدين قد أدى للدائن صنفاً أعلى من الصنف الواجب أدائه ، فيسترده ثم يبقى بالصنف الأقل ، أو كان في التزام تخييرى اختار أعلى الشئين قيمة فوق به فيسترده ثم يبقى بالشيء الأقل قيمة (١) .

يبقى فرض ما إذا كان الدائن الذى تسلم الشيء من الموفى ناقص الأهلية قد استهلكه أو تصرف فيه ولو بحسن نية ، أيجوز في هذا الفرض أن يتمسك الموفى ناقص الأهلية بإبطال الوفاء لتحقيق مصلحة له في هذا الإبطال على النحو الذى قدمناه ، أم أن حقه في الإبطال يكون قد زال باستهلاك الدائن للشيء أو بالتصرف فيه بحسن نية ، كما هو الحكم في حال انعدام الملكية ؟ إن الفقرة الثانية من المادة ١٢٣٨ من التقنين المدنى الفرنسى صريحة في زوال حق الموفى ناقص الأهلية في التمسك بإبطال الوفاء في هذه الحالة (٢) . أما في التقنين المدنى المصرى ، فإن الفقرة الثانية من المادة ٣٢٥ تقتصر ، كما رأينا ، على القول بأن الوفاء بالشيء المستحق ممن ليس أهلا للتصرف فيه يتقضى به الالتزام إذا لم يلحق الوفاء ضرراً بالموفى ، فاشتراط النص لمنع الموفى ناقص الأهلية من التمسك

- (١) انظر المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ص ١٧٥ - ويلاحظ أنه قد ورد في المذكرة الإيضاحية في هذا الصدد مثل ما إذا جبل المدين الوفاء وأراد أن يسترد ليتنفع به الأجل ، وهذا مثل لا يحتاج فيه إلى أن يكون الموفى ناقص الأهلية ، فحتى لو كان كامل الأهلية ووفى الدين قبل الأجل فإنه يستطيع الاسترداد (م ١٨٣ / مدنى) .
- (٢) وهذا ما تنص عليه المادة ١٢٣٨ من التقنين المدنى الفرنسى : ١٥ - حتى يكون الوفاء صحيحاً ، يجب أن يكون الموفى مالكا للشيء الموفى به وأهلا للتصرف فيه . ٢ - ومع ذلك فالوفاء بمبلغ من النقود أو بشئ يستهلك بالاستعمال لا يسترد من الدائن إذا كان قد استهلكه بحسن نية ولو كان الوفاء بالشيء قد وقع من غير مالكة أو من شخص غير أهل للتصرف فيه .
- وننقل الأصل الفرنسى فيما يأتى :

Art. 1238 : Pour payer valablement, il faut être propriétaire de la chose donnée en paiement, et capable de l'aliéner. 2. Néanmoins le paiement d'une somme d'argent ou autre chose qui se consomme par l'usage, ne peut être répété contre le créancier qui l'a consommée de bonne foi, quoique le paiement en ait été fait par celui qui n'en était pas propriétaire ou qui n'était pas capable de l'aliéner.

بالإبطال ألا يلحقه من الوفاء ضرر . وفي الفرض الذى نحن بصدده لا يتحقق هذا الشرط إذا كان الشيء الموفى به أعلى قيمة من الدين على الوجه الذى أشرنا إليه ، إذ يصيب الموفى ضرر من الوفاء . فله إذن أن يتمسك بالإبطال ، خلافاً للحكم الوارد فى التقنين المدنى الفرنسى ، وهو حكم متقد من الفقه الفرنسى (١) . ومن ثم فى التقنين المدنى المصرى يجوز للموفى ناقص الأهلية أن يتمسك بإبطال الوفاء ، حتى لو كان الدائن قد استهلك الشيء الموفى به أو تصرف فيه بحسنية ؛ وله أن يطالبه بالتعويض ، ثم يبق له بعد ذلك بالدين ، فيفيد من الفرق ما بين القيمتين .

٣٦٨ - الموفى قد يكون المدين وقد يكون غير المدين : وقد قدمنا أن الأصل فى الموفى أن يكون هو المدين نفسه ، ولكن يصح أن يكون غير المدين . فإذا كان الموفى غير المدين ، كان له الرجوع على المدين بما وفاه . فتتكمّل إذن فى المسألتين الآتيتين : (أولاً) من يقوم بالوفاء (ثانياً) رجوع الموفى الذى ليس بمدين على المدين .

المبحث الأول

من يقوم بالوفاء

٣٦٩ - النصوص القانونية : تنص المادة ٣٢٣ من التقنين المدنى على ما يأتى :

١ - يصح الوفاء من المدين أو من نائبه أو من أى شخص آخر له مصلحة فى هذا الوفاء ، وذلك مع مراعاة ما جاء بالمادة ٢٠٨ .

٢ - ويصح الوفاء أيضاً مع التحفظ السابق ممن ليست له مصلحة

(١) انظر ديمولوب ٢٧ فقرة ١٣١ - لوران ١٧ فقرة ٥٠٩ - بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٣١ .

في هذا الوفاء ، ولو كان ذلك دون علم المدين أو رغم إرادته ، على أنه يجوز للدائن أن يرفض الوفاء من الغير إذا اعترض المدين على ذلك وأبلغ الدائن هذا الاعتراض (١) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادتين ١٥٩ / ٢٢٢ و ١٦٠ / ٢٢٣ (٢) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٣٢٢ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٠١ - وفي التقنين المدني العراقي المادة ٣٧٥ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٢٩٢ (٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٤٥٨ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٣٥ من المشروع النهائي . وفي لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب حلفت عبارة « من الغير » الواردة في آخر الفقرة الثانية بسبب « أن الدائن لا يستطيع أن يرفض الوفاء من الغير إذا كانت له مصلحة في القيام بهذا الوفاء » ، ووافق مجلس النواب على النص كما عدلت لجنة . وفي لجنة مجلس الشيوخ أضيفت عبارة « من الغير » ، لأن المقصود « بالغير » هنا شخص لا مصلحة له في الوفاء كما هو مفهوم من سياق الفقرة الثانية ، ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلت لجنة تحت رقم ٢٢٣ (مجموعة الأعمال التفسيرية ٣ ص ١٦٩ - ص ١٧٧) .

(٢) التقنين المدني السابق م ٢٢٢ / ١٥٩ : لا يجوز الوفاء إلا من المتعهد مادام يظهر من كيفية التعهد أن مصلحة المتعهد له تعطى ذلك .

م ٢٢٣ / ١٦٠ : إذا كان المتعهد به عبارة عن مبلغ من النقود ، فيجوز وفاءه من شخص أجنبي ولو على غير رغبة الدائن أو المدين . (والحكم واحد في التقنين السابق والجديد ، ولو أن صهارات التقنين السابق لا تظهر من الاضطراب وليست في وضوح التقنين الجديد) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٣٢٢ (مطابقة لمادة ٣٢٢ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٣١٠ (مطابقة لمادة ٣٢٣ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٣٧٥ : ١ - يصح وفاء الدين من المدين أو نائبه ، ويصح وفاءه من أي شخص آخر له مصلحة في الوفاء كالكفيل والمدين المتضامن ، مع مراعاة ما جاء بالمادة ٢٥٠ . ٢ - ويصح أيضاً وفاء الدين من أجنبي لا مصلحة له في الوفاء بأمر المدين أو بغير أمره ، على أنه يجوز للدائن أن يرفض الوفاء من الغير إذا اعترض المدين على ذلك وأبلغ الدائن هذا الاعتراض . (ويطلق حكم التقنين العراقي مع حكم التقنين المصري) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٢٩٢ : يجب على المدين أن ينفذ بنفسه الموجب حيثما =

ويتضح من النص المتقدم أن الذى يقوم بالوفاء إما أن يكون : (١) المدين أو نائبه . (٢) أو شخصاً له مصلحة فى وفاء الدين . (٣) أو أجنبياً لمصلحة له فى الوفاء .

٣٧٠ — الموفى هو المدين أو نائبه : الأصل فى الموفى هو أن يكون المدين ذاته كما تقدم القول ، لأنه هو الذى يجبر على الوفاء ، وله المصلحة الأولى فيه . وما لم يوجد شخص آخر ينفذ بالدين ، فعليه الوفاء يقع على المدين . فالمدين إذن له حق الوفاء بالدين ، وعليه فى الوقت ذاته واجب هذا الوفاء . بل إنه فى بعض الحالات يتعين على المدين بالذات أن يقوم هو نفسه بالوفاء ، ولا يجوز لأحد غيره ذلك ، فقد نصت المادة ٢٠٨ مدنى على أنه : « فى الالتزام بعمل ، إذا نص الاتفاق أو استوجبت طبيعة الدين أن يتخذ المدين الالتزام بنفسه ، جاز للدائن أن يرفض الوفاء من غير المدين » (١) .

وفى غير هذه الحالات يجوز أن يقوم بالوفاء نائب المدين ، والوفاء كما رأينا تصرف قانونى يجوز أن يتم بطريق النيابة ككل تصرف قانونى آخر . ونائب المدين هو وكيله فى وفاء الدين ، وكالة عامة إذا كان الوفاء من أعمال الإدارة (٢) ، ووكالة خاصة إذا كان من أعمال التصرف . وإذا كان المدين ناقص الأهلية أو محجوراً ، فانه لا يحق له كقاعدة عامة أن يقوم هو نفسه بالوفاء إذ تنقصه أهلية الأداء ، والذى يقوم بالوفاء فى هذه الحالة هو ولى المدين أو وصيه أو القيم عليه . وإذا كان المدين مفقوداً ، كان لوكيله المعين قانوناً أن يقوم عنه بالوفاء . كذلك يجوز للمحارس على أموال المدين ، أو للسنديك فى حالة

= يستفاد من نص العقد أو من ماهية الدين أن من الواجب عليه أن يقوم هو نفسه بالتنفيذ . أما فى غير هذه الأحوال فيصح أن يقوم بالتنفيذ أى شخص كان من غير علم من المدينين وهنود أن يحق للدائن الاعتراض على هذا التدخل .

(ويتفق حكم التفتين البنائى مع حكم التفتين المصرى) .

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٦٩ .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف الأهلية بأنه إذا دفع الخادم دين مخدومه يفترض أنه دفعه

من مال المخدوم الذى تحت يده أو فى تصرفه حتى يثبت خلاف ذلك (٢٥ مارس سنة ١٨٩٠

المفروق ١٥ ص ١٠٦) .

إفلاس المدين ، أن يقوم بالوفاء ، فكلاهما في ذلك يعتبر نائباً عن المدين .

وقد يوكل المدين مصلحة البريد في وفاء الدين ، فيتم الوفاء عن طريق حوالة البريد . ويكون المدين مسئولاً عن كل خطأ يقع من مصلحة البريد ، مسئولية الموكل عن وكيله (١) . كذلك قد يوكل المدين مصرفاً في وفاء الدين ، عن طريق الدفع للحساب الجاري للدائن في هذا المصرف . فإذا أخطأ المصرف وأضاف ما دفعه المدين إلى حساب شخص آخر ، كان المدين مسئولاً عن خطأ المصرف (٢) .

٣٧١ - الموفى هو شخص له مصلحة في الوفاء : وإذا لم يكن الوفاء

متميناً على المدين بالذات ، جاز أن يقوم بالوفاء لا المدين ولا نائبه ، بل شخص آخر له مصلحة في هذا الوفاء ، ويقوم حقه في الوفاء على هذه المصلحة .

ومن له مصلحة في وفاء الدين المدين المتضامن ، والمدين مع غيره في دين غير قابل للانقسام ، والكفيل الشخصي سواء كان متضامناً مع المدين أو مع الكفلاء الآخرين أو غير متضامن مع أحد ، والكفيل العيني ، والحائز للعقار المرهون . كل هؤلاء لهم مصلحة في وفاء الدين ، لأنهم إما ملزمون بالدين مع المدين أو ملزمون بوفائه عنه . ومن ثم يكون لهم حق الوفاء ، ويقع عليهم في الوقت ذاته واجب الوفاء ، مثلهم في ذلك مثل المدين نفسه . وسرى أنهم ، عندما يقومون بوفاء الدين ، يحلون حلولاً قانونياً محل الدائن في الرجوع على المدين (٣) .

ولما كان هؤلاء الذين لهم مصلحة في الوفاء يقع عليهم واجب الوفاء كما قدمنا ، فإنه لا يجوز للدائن أن يمتنع عن قبول الوفاء بناء على اعتراض من المدين

(١) بلانيول وريبير ودروان ٧ فقرة ١١٥٠ .

(٢) بلانيول وريبير ودروان ٧ فقرة ١١٥٠ ص ٥٥٢ هامش رقم ١ .

(٣) انظر المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيلي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٧٠ - وقد قضت محكمة الاستئناف الأهلية بأنه إذا دفع الخصم المحكوم لصالحه مصروفات الدعوى حتى يحصل على صورة الحكم الصادر لصالحه ، حل قانوناً محل قلم الكتاب ، وأصبح له ما لقلم الكتاب من الحقوق ضد الدمي عليه بشأن المصروفات (٦ مايو سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ١٠٥ ص ٢٠٢) .

يلغى إياه ، بل وحتى بناء على اتفاق بينه وبين المدين . ذلك أن اتفاق المدين والدائن على قبول الوفاء إنما يصح وينتج أثره ، كما سئرى ، إذا كان الموف شخصاً أجنبياً ليست له مصلحة فى الوفاء ، فإن الأجنبى لا يقع عليه واجب الوفاء كالشخص ذى المصلحة فيه ، ومن ثم جاز منه من الوفاء باتفاق بين الدائن والمدين .

٣٧٢ - الموف هو أجنبى ومصلحة له فى الوفاء : وقد يكون الموف

أجنبياً أصلاً عن المدين ، ليس هو المدين ولا نائبه ، وليست له مصلحة قانونية فى وفاء المدين ، ومع ذلك يتقدم لوفائه . فقد يكون من أقرباء المدين ، أو صديقاً له ، تقدم عنه لوفاء الدين خوفاً عليهم من إجراءات التنفيذ وما تهدده به من خسائر . وقد يكون شريكاً للمدين فى التجارة ، ويخشى ما يحدث التنفيذ الجبرى على المدين من أثر فى تجارتها المشتركة . وهو على كل حال يغلب أن يكون ، من الناحية القانونية ، فضولياً يقوم بمصلحة عاجلة للمدين دون أمر منه ، إذ لو وفى المدين بأمر المدين كان وكيله عنه فى الوفاء . ويبقى فضولياً حتى لو تقدم لوفاء الدين بغير علم المدين ، بل إن هذا هو الأصل فى الفضولى (١) . ويصح للأجنبى أن يقوم بالوفاء حتى لو كان ذلك رغم إرادة المدين ، بأن نهاه المدين عن الوفاء فلم يمتعه ، وقبل الدائن منه الوفاء . فإن الوفاء فى هذه الحالة يكون مبرئاً لليلة المدين ، ولكن الموف لا يرجع عليه بدعوى الفضولى بل بدعوى الإثراء بلا سبب .

ذلك أن الأصل أن يكون لكل شخص حق الوفاء بدين غيره ، ولو كان أجنبياً عن المدين . وليس للدائن أن يمتنع عن قبول الوفاء ، إذ ليست له مصلحة فى ذلك ما دام يستوفى حقه استيفاءً صحيحاً . وسيان أن يستوفيه من مدينه نفسه أو من غير مدينه ، ما لم تكن طبيعة الدين أو اتفاق الطرفين يقضى بأن المدين

(١) ولا يكون للأجنبى الذى وفى المدين ، فى هذه الحالة ، أن يحمل على الدائن حلاً قانونياً فى الرجوع على المدين . وإنما يجوز له الحلول بالاتفاق كما سئرى ، إما باتفاق مع الدائن وإما باتفاق مع المدين (انظر دى باج ٢ فقرة ٤٠٦ ص ٣٨١) .

نفسه هو الذى يقوم بالوفاء، كما قضت بذلك المادة ٢٠٨ فيما مر . وفى غير هذا الاستثناء الوارد فى المادة ٢٠٨ يتعين على الدائن أن يقبل الوفاء ، ولا يجوز له أن يمتنع عن قبوله إلا بشروط ثلاثة : (١) أن يكون الموفى أجنبياً عن الدين ليست له مصلحة قانونية فى وفائه . (٢) وأن يكون المدين معترضاً على وفاء الأجنبى بالدين وقد أبلغ الدائن هذا الاعتراض . (٣) وأن يكون الدائن نفسه لا يريد أن يستوفى الدين من الأجنبى . فاذا اختل شرط من هذه الشروط الثلاثة ، تعين على الدائن قبول الوفاء . فلو كان للموفى مصلحة قانونية فى الوفاء ، وجاء الاعتراض من جانب المدين وحده ، ولكن الدائن قبل الوفاء من الأجنبى ، فإن هذا الوفاء يبرىء ذمة المدين كما سبق القول . وكذلك لو كان الموفى ليست له مصلحة فى الوفاء ، وجاء الاعتراض من جانب الدائن وحده ، دون أن يعترض المدين ، فإن الدائن يجبر على قبول الوفاء ويكون هذا الوفاء مبرئاً للذمة المدين (١) .

المبحث الثانى

رجوع الموفى على المدين

٣٧٣ - وهو يراه - الدعوى الشخصية ودعوى المأول : إذا كان

الموفى هو المدين أو نائبه ، فقد برئت ذمة المدين من الدين ، ولا رجوع له على أحد لأنه إنما وفى دين نفسه ، ولا رجوع لأحد عليه لأنه قام بوفاء دينه بنفسه .

(١) المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٧٠ . هذا ويجب على الأجنبى أن يعرض وفاء الدين دون أن يقيد عرضه بأى شرط . وقد قضت محكمة مصر الوطنية بأن العرض الحاصل من غير المشتري على البائع بوفاء الممن غير مقبول قانوناً ، إذا قيد الأجنبى عرضه بشروط تقضى على البائع أن يقبل الصفقة مع آخرين . ولا عبرة بتسلك المشتري ومن معه بأنه يجوز لشخص أجنبى أن يرفع عن المدين ولو على غير رغبة الدائن ، لأن هذا لا يصح إلا إذا كان العرض حاصلًا بدون قيد ولا شرط (١٠ مارس سنة ١٩٠٤ الاستقلال ٢ ص ٥٤) . كذلك لا يجوز للأجنبى أن يجعل الوفاء عن طريق المقاصة بين الدين وحقوقه فى ذمة الدائن ، فإن المقاصة لا تكون إلا فى دينين متقابلين (استئناف مختلط ١١ فبراير سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ١٣٦ - وقارن ١٢ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٨٢) . (٤٢ م - الوسيط)

وأما إذا وفى الدين غير المدين ، سواء كان للموفا مصلحة فى الوفاء أو لم تكن له مصلحة ، فإنه ، ما لم يكن متبرعاً بوفاء الدين وهذا لا بد فيه من ظهور نية واضحة لأن التبرع لا يفترض ، يجوز له أن يرجع على المدين بما وفاه عنه عن طريق دعوى شخصية (action personnelle) بعضها القانون لإياه ، وتكليف هذه الدعوى بحسب الظروف . وقد يكون له فوق ذلك ، أى غير الدعوى الشخصية ، دعوى الدائن نفسه الذى وفاه حقه فيحل محله فيه ، ومن ثم سميت هذه الدعوى الأخرى بدعوى حلولك (action en subrogation) .

فهناك إذن دعويان للموفا (١) يرجع بهما على المدين : (١) الدعوى الشخصية (٢) ودعوى الحلول .

٣٧٤- الدعوى الشخصية - النصوص القانونية : تنص المادة ٣٢٤ من التتئين المدنى على ما يأتى :

١ - إذا قام الغير بوفاء الدين ، كان له حق الرجوع على المدين بقدر مادفعه .

٢ - ومع ذلك يجوز للمدين الذى حصل الوفاء بغير إرادته أن يمنع رجوع الموفا بما وفاه عنه كلاً أو بعضاً ، إذا أثبت أن له أية مصلحة فى الاعتراض على الوفاء (٢) .

ويقابل هذا النص فى التتئين المدنى السابق المادتين ٢٢٤/١٦١ و ٢٢٦/١٦٣ (٣) .

(١) ونفى من البيان أنه لا بد أن يسبق ذلك وفاء الدين وفاء مورثاً للتمة (استئناف مختلط ١٤ يونيو سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٢٦٢) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٤٥٩ من المشروع التتهيدى حل وجه مطابق لما استقر عليه فى التتئين المدنى الجديد ، ما عدا أن المشروع التتهيدى لم يكن يتضمن عبارة « بقدر ما دفعه » الواردة فى آخر الفقرة الأولى . وفى لجنة المراجعة أضيفت هذه العبارة ، وأصبحت المادة رقمها ٢٢٦ فى المشروع التتهيدى . ووافق عليها مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٢٢٤ (مجسوة الأعمال للتضيقية ٣ ص ١٧٢ - ص ١٧٣) .

(٣) التتئين المدنى السابق : م ٢٢٤/١٦١ : من دفع دين شخص فله حق الرجوع عليه بقدر ما دفعه ومطالبته ببناء على ما حصل له من منفعة بسداد الدين .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٣٢٣ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣١١ - ولا مقابل له في التقنين المدني العراقي ولا في تقنين الموجبات والعقود اللبناني (١) .

وبخلاص من هذا النص أن الموفى للدين غيره ، سواء كانت له مصلحة في الوفاء أو لم تكن له مصلحة ، يستطيع ، ما لم يكن متبرعاً كما قدمنا ، أن يرجع بدعوى شخصية على المدين يسترد بها مقدار مادفعه وفاء للدين (٢) .

وقد تكون هذه الدعوى الشخصية قائمة على أساس عقد قرض ، بأن يقرض الغير للمدين مبلغاً من المال يكفي لوفاء دينه ، ويقوم المدين نفسه بوفاء الدين من هذا القرض ، فيرجع الغير على المدين بموجب عقد القرض . ولكن الموفى للدين في هذه الحالة إنما يكون المدين نفسه ، أو المقرض ككاتب عن المدين وبوكالة منه (٣) .

على أن الغالب هو أن يوفى الغير الدين بنفسه للدائن ، ففي هذه الحالة يرجع على المدين بدعوى شخصية ، قوامها إما الفضالة وإما الإثراء بلا سبب .

٢٢٦/١٦٢ م : إذا دفع إنسان دين آخر بذير إرادته ثم رجع عليه ، فالمدين المذكور الحق في عدم قبول ما دفعه عنه كله أو بعضه إذا أثبت أن مصلحته كانت تقتضي امتناعه عن الدفع للدائن الأصل .

(والحكم واحد في التقنينين السابق والجديد كما نرى) .
(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري : م ٣٢٣ (مطابقة للمادة ٣٢٤ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي : م ٣١١ (مطابقة للمادة ٣٢٤ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي : لا مقابل فيه للنص — هذا والرجوع بالدعوى الشخصية على الدائن في التقنين العراقي لا يكون إلا بدعوى الإثراء بلا سبب ، ما لم يكن الموفى مأموراً من المدين بوفاء الدين فيرجع عليه بدعوى الوكالة ويكون نائباً عنه في الوفاء بالدين . أما الرجوع بدعوى الفضالة فلا يجوز ، لأن التقنين العراقي لم يجعل الفضالة مصدراً للالتزام متأثراً في ذلك بالفقه الإسلامي .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني : لا مقابل فيه للنص — ولكن نص التقنين المصري ليس إلا تطبيقاً لقواعد العامة ، فيمكن الأخذ به في لبنان دون نص .

(٢) استئناف وطني ٢٣ فبراير سنة ١٩٢٥ المحاماة ٥ رقم ٤٢٩ ص ٥١٥ .

(٣) بلانهور وريبير ورومان ٧ ققرة ١٢١٩ .

ويكون قوامها الفضالة إذا كان الغير قد وفى الدين يعلم المدين لكن دون تفويض أو وكالة ، أو بغير علمه ولكن دون معارضته ، ويرجع الغير بمقدار مادفعه وفاء للدين مع القوائد من يوم الدفع وفقاً لقواعد الفضالة .

وتكون الدعوى الشخصية قوامها الإثراء بلا سبب إذا كان الغير قد وفى الدين رغم معارضة المدين ، ففي هذه الحالة لا تتوافر شروط الفضالة ولا يبقى أمام الغير إلا الرجوع بدعوى الإثراء بلا سبب . ويرجع بأقل القيمتين مقدار ما دفع ومقدار ما وفى من الدين ، ويجب أن تكون القيمتان متعادلتين ، إلا أنه قد يوفى الدين بمبلغ أقل من مقداره فلا يرجع على المدين بمقدار الدين بل بمقدار ما وفى .

وسواء رجع الموفى على المدين بدعوى الفضالة أو بدعوى الإثراء بلا سبب ، فإنه لا يستطيع الرجوع بشيء إلا إذا كان الوفاء نافعاً للمدين . فإذا كان قد وفى ديناً انقضى كله أو بعضه ، أو كان للمدين دفع ضد الدين ، وكان الوفاء بغير أمر المدين ، كان الموفى مستولاً عن ذلك . فلو أن المدين كان قد وفى الدين قبل أن يوفيه الغير (١) ، أو وفى قسطاً منه ثم وفاه الغير كله دون اعتبار للقسط الذى دفع ، فإن الغير فى الحالة الأولى لا يرجع بشيء على المدين لأن هذا كان قد وفى الدين كله فلم يفد شيئاً من الوفاء الذى قام به الغير ، ويرجع فى الحالة الثانية بالباقي من الدين بعد استئزال القسط الذى وفاه المدين لأن هذا هو القدر الذى أفاد منه المدين . ولو أنه كان للمدين دفع ضد الدين وقت وفاء الغير له ، بأن كان له مثلاً فى ذمة الدائن دين مماثل له وكان يستطيع أن يتمسك بالمقاصة فينقضى الدين دون حاجة إلى الوفاء ، أو لو كان الدين قد انقضى بسبب آخر غير المقاصة كالتجديد أو الإبراء أو التقادم (٢) ومع ذلك وفاه الغير ، فإن الغير

(١) وكذلك إذا كان الغير قد وفى الدين قبل وفاء المدين له ، ولكن لم يخطر المدين بهذا الوفاء فوق المدين الدين مرة أخرى ، فلا رجوع للموفى على المدين لأن المدين لم يفد شيئاً من هذا الوفاء ، وإنما يرجع الموفى على الدائن ليسترد منه ما أخذ دون حق (هودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٠٠) .

(٢) بل إن الدين إذا كان لم يستطع بمد بالتقادم ، ولكن بقيت مدة قليلة تمام التقادم بحيث لو لم يوف الغير الدين لا نقصت هذه المدة ولقسط الدين بالتقادم ، فإن المدين يستطيع -

لا يرجع بشيء على المدين لأن الوفاء الذى قام به لم يفد المدين منه شيئاً . ولو أن المدين كان يستطيع أن يضمن فى الدين بالإبطال لنقص الأهلية أو لعب في الإرادة من غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال ، أو كان يستطيع أن يضمن فيه بالبطلان لانعدام الإرادة أو لعب في المحل أو في السبب أو في الشكل ، أو كان يستطيع أن يتمسك بالفسخ لتحقيق شرط فاسخ أو أن يتمسك بعلم النفاذ لعدم تحقق شرط واقف أو لعدم حلول الأجل ، أو كان يستطيع أن يتمسك بأى دفع آخر ، فإن هذا كله يكون محل اعتبار عند رجوع الموفى على الدين ، فلا يرجع الأول على الثانى إلا بقدر ما أفاد الثانى من الوفاء (١) .

٣٧٥ - دعوى الحلول : وقد يكون للموفى ، إلى جانب الدعوى

الشخصية ، كما قدمنا ، دعوى الحلول . فيحل محل الدائن فى نفس الدين الذى وفاه ، ويرجع على المدين بهذا الدين نفسه ، لا بدين جديد كما يفعل فى الدعوى للشخصية (٢) .

= أن يتمسك بهذا الدفع إذا رجع الموفى عليه ، لأنه لا يولا وفاء الغير لدين لسقط بالتقادم ، فكان المدين لم يفد شيئاً من الوفاء (انظر فى هذا المعنى بودرى وبارد ٢ فقرة ١٣٩٩ ص ٥٠٥) .
(١) المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٧٢ - ولكن يجب أن يكون الاعتراض الذى يقيمه المدين اعتراضاً جدياً . فإذا كان المبلغ المدفوع صادراً به أحكام نهائية ومأخوذاً به اختصاص على عقار المحكوم عليه ، لم يلتفت إلى قول المدين من أنه ينازع المدفوع إليه فى مقدار الدين أمام محكمة أخرى (استئناف أهل ٢٢ نوفمبر سنة ١٨٩٤ الحقوق ٩ ص ٣٤٤) . وللمدين أن يدفع مطالبة الغير بما كان يدفع به مطالبة الدائن (استئناف مختلط ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ٧٥) . وإذا دفع الغير شيئاً على تركه ، رجع على الورثة فى حدود أموال التركة (استئناف مختلط ١٣ يناير سنة ١٩٠٣ م ١٦ ص ٨٩) .

(٢) وترجع دعوى الحلول فى أصلها إلى القانون الرومانى . فقد كان هذا القانون يقضى بأن ينزل الدائن من دعواه لمن يوفيه حقه فى حالات كثيرة ، فإذا رفض النزول من دعواه كان لمن وفى له حقه أن يواجهه بدفع فى خصوص ذلك (cedendarum actionum) ، بل كان يفترض فى بعض الحالات أن النزول من الدعوى قد تم فلا . وكان القانون الرومانى ، من جهة أخرى ، يجعل لمن يوفى ديناً مضموناً برهن الحق فى أن يتحمل الدائن فى هذا الرهن (successio in locum creditoris) ، أو فى مرتبته (جزار طبعة ثالثة ص ٧٥٤ - ص ٧٥٧ - ص ٧٧٦ هوامش ٢ و ٥ و ٦ و ٧) .

وحلول الموفى محل الدائن إما أن يكون بحكم القانون ويقال له الحلول القانونى ، وإما أن يكون بموجب الاتفاق ويقال له الحلول الاتفاقى . ولدعوى الحلول ، قانونياً كان الحلول أو إتفاقياً ، أحكام خاصة تميزها عن الدعوى الشخصية . فمتدنا إذن مسألتان : (١) مصدر الحلول (٢) أحكام الرجوع بدعوى الحلول .

المطلب الأول

مصدر الحلول

١٥ - الحلول القانونى

(Subrogation légale)

٣٧٦ - التصريح القانونى : تنص المادة ٣٢٦ من التقنين المدنى

على ما يأتى :

« إذا قام بالوفاء شخص غير المدين ، حل الموفى محل الدائن الذى استوفى حقه فى الأحوال الآتية » :

« أ - إذا كان الموفى ملزماً بالدين مع المدين ، أو ملزماً بوفائه عنه » .

« ب - إذا كان الموفى دائئاً ووفى دائئاً آخر مقدماً عليه بما له من تأمين عيى ، ولو لم يكن للموفى أى تأمين » .

- وحلول الموفى محل الدائن نافع من كل الوجوه . فهو نافع للموفى ، إذ يفسر له سهلاً بعداً الرجوع بحقه ، ويجس له أسباباً لاستغلال ماله . وهو نافع للدائن ، إذ يستطيع بفضل الحلول أن يجد من يوفى له حقه فى وقت يكون المدين فيه غير قادر على الوفاء . وهو نافع للمدين ، إذ يتوق أن يجعل الدائن بالتفويض ضده ، ويغلب أن يتمكن من استهلاك الدائن الجديد الذى وفى للمدين . ثم إن الحلول لا يضر أحداً ، فإن الدائن الجديد لم يزد على أن حل محل الدائن القديم ، فلا يتأذى من ذلك الدائنون الآخرون ولا الكفلاء ، إذ لم يتغير طبعهم من الدائن غير اسمه (انظر فى هذا المسئ برودى وهارد ٢ فقرة ١٥١٦ ص ٦٦٦ - ص ٦٦٧ - بلانويك وريبير ودوران ٧ فقرة ١٢١٩ ص ٦٢٦ - ص ٦٢٧) .

ج - إذا كان الموفى قد اشترى عقاراً ودفع ثمنه لدائنين خصص العقار لضمان حقوقهم .

د - إذا كان هناك نص خاص يقرر للموفى حق الحلول ، (١) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ٢٢٥/١٦٢ (٢) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٣٢٥ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣١٣ - وفي التقنين المدني العراقي المادة ٣٧٩ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المواد ٣١٠ إلى ٣١٢ (٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٤٦١ من المشروع التمهيدى حل وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٣٨ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٣٢٦ (مجموعة الأعمال التصغيرية ٣ ص ١٧٧ - ص ١٧٩) .

(٢) التقنين المدني السابق م ٢٢٥/١٦٢ : التأمينات التي كانت حل الدين الأصل تكون تأميناً لمن دفعه في الأحوال الآتية فقط : أولاً . . . ثانياً - إذا كان الدافع ملزماً بالدين مع المدين أو بوفائه حقه . ثالثاً - إذا كان الدافع دائئاً ووفى لدائن آخر مقدم عليه بحق الاستياز أو الزهن العقاري ، أو أدى ثمن عقار اشتراه للدائنين المرتبطين لذلك العقار . رابعاً - إذا كان القانون مصرحاً بحل من دفع الدين محل الدائن الأصل .

(ومن هذا يتبين أن أحوال الحلول القانوني في التقنين المدني السابق هي نفس أحواله في التقنين المدني الجديد . ويبدو من عبارات التقنين السابق أن هذا التقنين يعتبر الدين الذي وُفِيَ قد انقضى ، فيرجع الموفى بدين جديد تختل إليه تأمينات الدين القديم . أما في التقنين الجديد ، فواضح أن الرجوع يكون بنفس الدين وتأميناته ودفعه ، كما سنرى) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري : م ٣٢٥ (مطابقة للمادة ٣٢٦ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي : م ٣١٣ (مطابقة للمادة ٣٢٦ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي : م ٣٧٩ (مطابقة للمادة ٣٢٦ من التقنين المدني المصري) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني : م ٣١٠ : يكون الإبقاء سقلاً للمدين إسقاطاً مطلقاً نهائياً بالنظر إلى جميع أصحاب الشأن . ويجوز أن يكون الإبقاء مقتصرأ على نقل الدين إذا كان مقترناً باستبدال ، فيقتدر حدث أن الدين موفى كله أو بضعه من قبل شخص لا يجب أن يحمل كل العيب بوجه نهائي ، فيحل محل الدائن الذي استوفى حقه ليتكمن من الرجوع على المدينون الأصل أو حل الشركاء في الموجب .

م ٣١١ : إن الاستبدال يكون إما يقتضى لقتانون وإما بمشيئة الدائن أو للمدين . -

ويخلص من هذا النص أن هناك حالات معينة للحلول القانوني نص عليها القانون (١) ، ولا يمكن أن يكون هناك حلول قانوني دون نص . ونستعرض هذه الحالات .

٣٧٧- الموفى ملزم بالدين مع المدين أو ملزم منه: وهذه الحالة

هي أهم حالات الحلول القانوني ، إذ الحالات الأخرى ليست إلا ذات نطاق محدود ، بل إن الحالة الثالثة منها - حالة ما إذا كان الموفى حائزاً للعقار المرهون- ليست إلا تطبيقاً خاصاً من تطبيقات الحالة الأولى كما سنرى . ثم إن علة الحلول القانوني هنا واضحة ، فالموفى ملزم بالدين مع المدين أو عنه ، فله مصلحة كبرى في أدائه ، بل هو يجبر على هذا الأداء ، ومن ثم حق له في رجوعه على المدين أن يرجع عليه بدعوى الدائن بعد أن يحل محله .

م ٣١٢ : يكون الاستبدال قانونياً في الأحوال الآتية : أولاً - لمصلحة الدائن العادي والمرتهن أو صاحب التأمين الذي يوفى حقوق دائن آخر له حق الأولوية عليه . غير أن الاستبدال فيما يختص بالمفوض الخاضعة لقيود في السجل العقاري لا يكون له مفعول إلا بعد إتمام هذا التقييد . ثانياً - لمصلحة الملتزم بالإيفاء مع الآخرين (كما في الموجبات المتضامنة أو غير المتجزئة) أو الملتزم بالإيفاء من أجل آخرين (كالكفيل أو الشخص الثالث محرز العقار المرهون) إذا أجب عن الإيفاء أو كان الإيفاء من مصلحته . ثالثاً - لمصلحة الوارث الذي أوفى من ماله ديون التركة .

(وأحوال الحلول القانوني في التقنين اللبناني ماثلة لأحواله في التقنين المصري . فيما عدا حالة الوارث).
(١) وقد ورد في المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في خصوص المادة ٢٢٦ مكرر ما يأتي :
« امتن المشروع هذا النص من المادة ١٦٢/٢٢٥ من التقنين الحالي (السابق) مع تعديل صياغتها تمديداً استلهم فيه حل وجه الخصوص عبارة المادة ١٨٥ من المشروع الفرنسي الإيطالي . بيد أنه شذ عن ملهب هذا التقنين في التفريق بين الحلول القانوني وهو ما يقع بحكم القانون والحلول الاتفاقية وهو ما يقع برضاء الدائن . وقد نقلت أحوال الحلول القانوني جميعاً من التقنين القائم ، وهو يورد منها ما جرت سائر التقييدات على إيرادها (أنظر المادة ١٢٥١ من التقنين الفرنسي والمادة ١٨٣ من المشروع الفرنسي الإيطالي والمادة ٣١٢ من التقنين اللبناني ، ومطابقاً لمعنى النص المادة ١٢١٠ من التقنين الأسباني والمادة ٧٧٩ من التقنين البرتغالي والمادة ١١٠ من تقنين الالتزامات السويسري والمادة ٩٨٥ من التقنين البرازيلي ، وتكلم المادة ٢٦٨ من التقنين الألماني عن انتقال الحق أو تحويله لا عن الحلول) . ويرامى أن الموفى ، في جميع أحوال الحلول القانوني ، يكون غيراً له مصلحة في الوفاء بالدين . فله ، والحال هذه ، أن يوفى رغم إرادة المدين والدائن حل حد سواء ، وبذلك يتم له الحلول بحكم القانون محل الدائن الذي استوفى حقه » (بمجموعة الأعمال التفسيرية ٣ ص ١٧٨) .

ويكون الموفى ملزماً بالدين مع المدين إذا كان مديناً متضامناً (١) ، أو مديناً مع المدين في دين غير قابل للانقسام ، أو كفيلاً متضامناً مع كفلاء آخرين في علاقته بهؤلاء الكفلاء .

ويكون الموفى ملزماً بالدين عن المدين إذا كان كفيلاً شخصياً ، أو كفيلاً عينياً ، أو حائزاً للعقار المرهون (٢) .

فأى من هؤلاء وفي الدين رجع على المدين بدعوى الدائن بعد أن يحل محله بحكم القانون .

فاذا وفي المدين التضامن كل الدين للدائن ، جاز له أن يرجع بدعوى الحلول على كل مدين متضامن معه بقدر حصته في الدين ، وقد مريان ذلك في التضامن . وإذا وفي المدين في دين غير قابل للانقسام الدين للدائن ، جاز له أيضاً أن يرجع بدعوى الحلول على كل مدين معه في هذا الدين بقدر حصته من الدين ، وقد مريان ذلك في الالتزام غير القابل للانقسام . وإذا وفي أحد الكفلاء المتضامين الدين كله للدائن ، رجع على كل كفيل بدعوى الحلول بمقدار نصيبه في كفالة الدين ، وهذه غير دعوى الحلول التي يرجع بها على المدين .

وإذا وفي الكفيل الشخصي أو العيني الدين عن المدين ، جاز له الرجوع بدعوى الحلول على المدين بكل مادفعه ، لأن المدين يجب أن يتحمل الدين كله (٣) . وكذلك إذا انتقلت ملكية عقار مرهون إلى شخص ، بالبيع أو الهبة

(١) حتى لو كان المدين الذي تضامن معه أبرى من التضامن ومع ذلك رجع الدائن على المدين التضامن بكل الدين (استئناف مخطط ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٠٩ م ٢٢ ص ٧٥) .

(٢) المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٧٨ — وإذا دفع وارث ديناً على التركة ، حل على الدائن في الرجوع على بقية الورثة (استئناف مخطط ١٤ نوفمبر سنة ١٩٤٦ م ٥٩ ص ٢٧) .

(٣) وقد جاء في الموجز المؤلف : « والكفيل ، سواء كان كفيلاً شخصياً أو عينياً ، وسواء كان الكفيل للشخص متضامناً مع المدين أو غير متضامن ، يحل محل الدائن إذا وفي له الدين . فإذا كان الكفيل كفيلاً شخصياً متضامناً مع المدين ، ودفع الدين عنه ، فإنه يرجع عليه بكل مادفعه ، ويحل في هذا الرجوع محل الدائن في كل ماله من تأميمات . وكذلك الأمر لو كان الكفيل للشخص غير متضامن مع المدين . غير أنه يلاحظ في الحالتين أن الكفيل إذا حل محل -

أو المفاضة أو أى سبب آخر لانتقال الملكية ، فإنه يصبح ملزماً بالدين عن المدين . فإذا وفى الدين حل محل الدائن قانوناً ، ورجع بدعوى الحلول على المدين بكل مادفعه . وقد أفرد القانون هذه الحالة بالذكر كحالة خاصة من حالات الحلول القانوني ، وستكون محللاً للبحث فيما يلي .

كذلك يمكن القول إن المتبوع مسئول عن التابع ، فإذا كان التابع مؤمناً على مسئوليته مثلاً ، ورجع المصائب على المتبوع فوفى هذا دين التابع ، فإنه يحل محل الدائن - المصائب - في التأمين ، ويرجع بدعوى الحلول هذه على شركة التأمين (١) .

الدائن في الرجوع على كفلاء آخرين ، فإنه لا يرجع على كل كفيل إلا بقدر حصته من الدين بمقتضى حق التقسيم . وإذا كان الكفيل كفيلًا عينيًا ، ودفع الدين عن المدين ، فإنه يرجع على المدين بكل ما دفعه ، ويحل محل الدائن فيما له من تأمينات . فإذا كانت هذه التأمينات كفيلًا شخصيًا ، رجع الكفيل العيني على الكفيل الشخصي بقدر حصته هذا الأخير ، ويقسم الدين بينهما على أساس أن الكفيل الشخصي قد كفل الدين وأن الكفيل العيني قد كفل الدين بقدر قيمة العين التي قلنها وهما ، فيكون تقسيم الدين بينهما بهذه النسبة . فلو كان الدين ثلثائة ، وضمن الكفيل الشخصي كل الدين ، وقدم الكفيل عينيًا قيمتها مائة ، فإن الدين يقسم بين الكفيلين بنسبة ثلثائة (قدر ما ضمنه الكفيل الشخصي) إلى مائة (قدر ما ضمنه الكفيل العيني) ، فتكون حصة الكفيل الشخصي مائتين وخمسة وعشرين وتكون حصة الكفيل العيني خمسة وسبعين . وإذا كانت التأمينات كفيلًا عينيًا آخر ، قسم الدين بينهما بنسبة قيمة ما قلنسه كل منهما ضمانًا للدين ، (الموزع بقرة ٥٥٦) .

(١) وقد كشف العمل عن أمثلة أخرى يكون فيها المولى ملزمًا بالدين فيحل محل الدائن ، ويرجع بدعوى الحلول على المدين . من ذلك شركة التأمين عن الإصابات ، فهي مسئولة عن تعويض المصاب ، فإذا وفت التعويض حلت محله في الرجوع على المسئول عن الإصابة . ومن ذلك الوكيل بالعمولة ، إذا وفى من ماله ثمن البضاعة التي اشتراها لمصلحة ، حل محل البائع الذي وفاه حقه في الرجوع بالتأمين على هذا العمل . ومن ذلك من يقوم بتخليص البضائع من « الجمر » ، إذا دفع الرسوم المستحقة ، حل محل مصلحة الجمارك في الرجوع بهذه الرسوم على صاحب البضاعة (انظر في ذلك بلانيول وريبير وردوان ٧ بقرة ١٢٢٨ ص ٦٢٤) .

أما إذا كان المولى غير ملزم بالدين ووفاه ، لم يكن من حقه الرجوع بدعوى الحلول . قالوا أو الوصى أو القيم ، إذا وفى دين الصغير أو المجهول ، لم يحل محل الدائن في الرجوع عليه ، ومن تعهد عن الغير وأقر الغير تعهده ، إذا وفى قيمة هذا التعهد لدائن ، لم يحل محله في الرجوع على الغير ، لأن التعهد به إقرار الغير لم يند ملزمًا بالتعهد (انظر في هذا المعنى بودوى وبارد ٢ بقرة ١٥٦٠ إلى بقرة ١٥٦٠ مكررة ثلثها) .

٣٧٨ - الموفى دائى وفى دائتا مقوما عليه : ويحل الموفى محل

الدائن ، فيرجع على المدين بدعوى الحلول ، « إذا كان الموفى دائئاً ووفى دائئاً آخر مقدماً عليه بما له من تأمين عيني ، ولو لم يكن للموفى أى تأمين » .

ويفرض القانون أن هناك دائئتين لمدين واحد ، أحدهما متقدم على الآخر بموجب تأمين عيني (١) ، أى أن المدين قد رهن عقاراً مملوكاً له لأحد الدائئتين ثم رهنه للآخر ، فصار الأول متقدماً على الثانى . بل يجوز أن يكون الدائن الثانى لم يرتهن العقار وظل دائئاً شخصياً ، فان الدائن الأول متقدم عليه بما له من حق الرهن . بل يجوز أيضاً أن يكون التأمين الذى يتقدم به الدائن الأول على الدائن الثانى ليس حق رهن رسمى ، بل حق رهن حيازة ، أو حق امتياز ، أو حق اختصاص ، فكل هذه تأمينات عينية تجعله متقدماً على الدائن الثانى .

ففى جميع هذه الأحوال قد يكون للدائن المتأخر مصلحة محققة فى الوفاء بدين الدائن المتقدم والحلول عمله فى هذا الدين ، وتحقق هذه المصلحة فى فرضين :

(أولاً) قد يرى الدائن المتقدم أن ينفذ على العقار المرهون ، ويكون الوقت غير مناسب للتنفيذ ، فيتوقع الدائن المتأخر أن يباع العقار فى المزاد العلنى بأغنى الأمان . وقد لا يعنى الدائن المتقدم ذلك ، إذ يكون متأكداً من أنه

— هذا وإذا دفع أحد المدينين المتضامنين الدين كله ، كان له أن يوجه دعوى الحلول إلى المدينين المتضامنين الآخرين وإلى الدائئتين المرتهنتين المتأخرتين فى المرتبة عن الدائن الذى وفى حقه (استئناف مخطوط ٣٠ مايو سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٤١٩) .

(١) وليس من الضروري أن يكون للدائئتين مدين واحد ، بل يمكن أن يكون كل من الدائئتين له تأمين عيني على نفس العقار وأحدهما متقدم على الآخر ، فيصح أن يكون صاحب العقار مدئناً لأحدهما وقد رهن له عقاره وكفيلة عينية للدائن الآخر ، كما يمكن أن يكون صاحب العقار كفيلة عينية لكل من الدائئتين (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٤٣ مكررة) .

هذا وإذا كانت العين قد بيعت لشخصين ، ودفع أحدهما حصته من الثمن ، وبقي امتياز البائع ضماناً لبقاى من الثمن وهو حصة المشتري الآخر ، ثم بيعت العين فى المزاد للوفاء بهذه الحصة ، فما استوفاه البائع من ثمن العين مما يقع فى نصيب المشتري الأول يحل فيه هذا المشتري محل البائع فى حق امتياز ، لأنه يكون فى حكم الدائن الذى وفى دائئاً مقدماً عليه (استئناف مخطوط ٢٤ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ١٠٤) .

يستوفى حقه مهما بلغ ثمن العقار المرهون ، وإنما تعود الخسارة على الدائن المتأخر فهو الذى سوف لا يدرك من ثمن العقار ما يكفي للوفاء بحقه . فيكون من مصلحة الدائن المتأخر أن يوفى الدائن المتقدم حقه ، فيحل محله فى رهته ، ويمنع بهذا الحلول التنفيذ فى وقت غير مناسب تحيلاً لفرصة بيع فيها العقار المرهون بشمن يكفي لوفاء الدين المتقدم والدين المتأخر جميعاً .

(ثانياً) قد يرى الدائن المتأخر أن العقار المرهون لا يكفي لوفاء الدينين المتقدم والمتأخر معاً، مهما بلغ ثمن هذا العقار وفى أى وقت بيع ، ولكن يكون للدائن المتقدم تأمين على عقار آخر مملوك للمدين أو لكفيل عيني . فيوفى حتى الدائن المتقدم حتى يحل محله فى رهته المتقدم وفى تأميته الآخر ، ويستطيع بذلك أن يستوفى الدينين معاً من العقار المرهون ومن هذا التأمين الآخر . من أجل ذلك أجاز القانون للدائن المتأخر أن يحل محل الدائن المتقدم إذا وفى له دينه (١) ، فيحقق لنفسه مصلحة مشروعة ، وذلك دون أن يضار

== أما إذا كان العقار مرهوناً لدائنتين أحدهما مقدم على الآخر ، ثم رسا مزاده عند التنفيذ على المرتين الثاني، فاستوفاه المرتين الأول من ثمن العقار المقرب فى ذمة المرتين الثاني لا يعتبر مدفوعاً من المرتين الثاني حتى يحل محل المرتين الأول فيه ، لأن المرتين الثاني إنما وفى المرتين الأول ديناً ترتب فى ذمته وهو الثمن الذى رسا به المزداد عليه (استئناف مخطط ٢٤ أبريل سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٣٩٨) . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة فى دوائرها المجتمعة فى هذا المعنى أيضاً بأنه إذا كان لدائن وهتان على عقارين ، فنفذ على أحد هاتين العقارين واستوفى حقه من ثمنه ، فأضر ذلك بدائنتي مرتين متأخر لنفس العقار ، فإن الدائن المتأخر لا يحل محل الدائن المتقدم فى الرهن الذى لهذا الدائن على العقار الآخر لأنه لم يوفه حقه من ماله (٢٨ فبراير سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٨١) . ولكن إذا كان هناك دائنتان مرتين أحدهما مقدم على الآخر ، وكان الدائن المتقدم له رهن على عقار آخر ، ووفى للدائن المتأخر الدائن المتقدم حقه ، فإنه يحل محله فى الرهتين معاً ، لأنه يكون قد وفى الدائن المتقدم حقه من ماله لا من ثمن العقار (استئناف مخطط ٢١ فبراير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٢٤٢) .

(١) ويصح أن يوفيه جزءاً من دينه إذا قبل الموفى له هذا الوفاء الجزئى ، فيحل محله فى هذا الجزء (انظر فى مناقشة هذه المسألة بودوى وبارد ٢ بقرة ١٥٤٣ مكررة ثانياً) . ولكن لا يجوز أن يتروى الدائن المتأخر حتى يفرغ الدائن المتقدم ملكية المين المرهونة ، ويقتصر فى التوزيع فى مرتبة أهل ، وعند ذلك يأتى الدائن المتأخر يريد أن يوفى الدائن المتقدم ليحل محله (استئناف مخطط ١٨ مارس سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٨٦ - ٢٥ مارس سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٩٤ - ٣٠ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٩٤ - ٨ مارس سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٨٢) .

الدائن المتقدم إذ هو يستوفى حقه كاملاً ، ودون أن يضار المدين فإن الموقف بالنسبة إليه لا يتغير : ولا يؤوده في شيء أن يحل دائن على آخر ما دام يحل في نفس الدين .

ويشترط فيما قدمناه شرطان : أن يكون الموفى دائئاً لنفس المدين : وأن يكون الموفى له دائئاً متقدماً بما له من تأمين عيني .

فيجب أولاً أن يكون الموفى دائئاً لنفس المدين . فلا يجوز لأجنبي غير دائن للمدين أن يوفى حقاً لدائن له تأمين عيني ليحل محله حلولاً قانونياً في هذا التأمين (١) . والذي يجوز هنا هو الحلول الاتفاقي لا الحلول القانوني ، فيتفق الأجنبي مع الدائن أو مع المدين على الحلول بالطرق التي قررها القانون على النحو الذي سنبينه في الحلول الاتفاقي . فإذا كان الموفى دائئاً للمدين ، فقد توافر الشرط المطلوب ، ولا يهم بعد ذلك أن يكون للموفى هو أيضاً تأمين عيني متأخر أو أن يكون دائئاً شخصياً ليس له أي تأمين (٢) ، وقد تقدمت الإشارة إلى ذلك .

ويجب ثانياً أن يكون الموفى له دائئاً متقدماً على الموفى بما له من تأمين عيني . فلو كان الموفى له دائئاً متأخراً عن الموفى في تأمينه العيني أو ليس له تأمين عيني أصلاً ، فلا محل هنا للحلول القانوني ، لأن مصلحة الموفى في هذا الحلول ، وهو متقدم على الموفى له أو مساو ، ليست واضحة . قد تكون له مصلحة محدودة في منع هذا الدائن من القيام بإجراءات التنفيذ في وقت غير مناسب ، ولكن هذا الدائن إذا فعل ذلك أضر بنفسه أيضاً لأنه غير متقدم على الدائن الأول . وقد تكون للدائن المتقدم مصلحة في منع الدائن المتأخر من المعارضة في الديون ، حتى لا تنفذ إجراءات التوزيع أو حتى يتيسر إجراء تسوية ودية ، ولكن هذه المصلحة جد محدودة لم ير القانون أن يرتب عليها حلولاً قانونياً .

(١) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٤٢ مكررة ثالثاً - بلانويول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٣٠ ص ٦٣٧ - ص ٦٣٨ .

(٢) ديرانتون ١٢ فقرة ١٤٩ وفقرة ١٥٣ - لا رومبير ٤ م ١٢٥١ م ٥ فقرة ٥ - ديولومب ٢٧ فقرة ٤٥٨ - فقرة ٤٥٩ - لوران ١٨ فقرة ٦٩ - بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٤٢ مكررة أولاً - بلانويول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٣٠ .

هذا إلى أنه من اليسير على الدائن المتقدم في مثل هذا الفرض أن يوفى الدائن المتأخر حقه بعد أن يحصل منه على حلول اتفاق ، بل دون اتفاق على حلول أصلاً ، فإن الوفاء بحق الدائن المتأخر يبعده عن التوزيع فيتيسر للدائن المتقدم أن يمتضى فيه أو أن يجرى التسوية الودية التي ينشدها كما لو كان هناك حلول (١) .

ولا بد ، كما قدمنا ، أن يكون الموفى له متقدماً على الموفى بما له من تأمين عيني . فإذا لم يكن للموفى له تأمين عيني ، ولو كانت له ميزة أخرى تضاهي التأمين العيني كدعوى فسخ أو حق في الحبس ، فإن نص التشريع أصيب من أن يتسع لهذا الفرض ، فلا يكون هناك حلول قانوني . فلو أن الموفى له بائع لم يقيد حتى امتيازاه واكتفى بدعوى الفسخ ، فلا يحق لدائن آخر وفاء الثمن أن يحل محله في دعوى الفسخ . ولو أن الموفى له دائن ليس له تأمين عيني بل له حق في حبس عين للمدين ، لم يحز لدائن آخر وفاء حقه أن يحل محله فيحبس العين (٢) .

(١) قارن بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٤٤ — وإذا كان للدائن المتأخر رهن حل من أخرى بالإضافة إلى رهته المتأخر على العين الأولى ، فإن الدائن المتقدم — باعتباره دائماً عادياً بالنسبة إلى العين الأخرى — يعتبر دائماً متأخراً ، فله أن يوفى حق الدائن حل هذه العين الأخرى ويحل محله في الرهن إذا كانت له مصلحة في ذلك (انظر في هذا المعنى الأستاذ عبد الحى حجازي ٣ ص ٤٨ — وقارب : استئناف مختلط ٢٥ يونيه سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٨٨) .
وهذا وقد يكون للدائن الموفى له حقان ، أحدهما متقدم على حق الدائن الموفى والاخر متأخر . ويذهب القضاء الفرنسي في هذه الحالة إلى أن الدائن الموفى يجب عليه أن يوفى الدائن الموفى له بالحقين معاً ، المتقدم والمتأخر ، لأنه لو اقتصر على الوفاء بالحق المتقدم ، فإن الموفى له يكون بدوره ، وبمقتضى حقه المتأخر ، جائراً له أن يوفى الموفى حقه ليحل محله هو الآخر ، وفي هذا دور يريد القضاء تجنبه (محكمة النقض الفرنسية ٢ أغسطس سنة ١٨٧٠ سيرة ٧١ - ١ - ٢٥ - وانظر أيضاً : ديجولومب ٢٧ فقرة ٤٧٨ - بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٤٣ مكررة خامساً وما بعدها - يلائبول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٣٠ ص ٦٢٧ هامش رقم ٥) . وتقليقاً لهذا المبدأ ، إذا كان لدائن رهنان في المرتبة الأولى على عقارين ، وكان له إلى جانب ذلك دين آخر مضمون برهن متأخر على العقار الثاني ، لم يحز لدائن متأخر مرتبة للمعار الأول أن يوفيه الدين المضمون بالرهنتين ليحل محله فيها ، وذلك لأن الدائن المتقدم هو في الوقت ذاته دائن متأخر بالنسبة إلى العقار الثاني ، فيحق له أن يوفى بدوره الدائن الآخر حقه ليحل محله ، ومن هنا يأتي الدور (انظر بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٤٣ مكررة ثامناً) .

(٢) ولو أراد الموفى أن يحل محل الموفى له ، وجب عليه أن يحصل على حلول اتفاق بالتراضي ، لأن الحلول القانوني تمتع كما قلنا (انظر في تأييد هذا الحكم بودرى وبارد ٢ =

٣٧٩ - الموفى اشترى عقاراً ورفع ثمنه لرائحين فخصص العقار

لفضله عقوقهم : هذه الحالة سبقت الإشارة إليها كتطبيق من تطبيقات الحالة الأولى . ذلك أن المشتري لعقار مثقل بتأمين عيني - رهن أو امتياز أو اختصاص - يصبح حائزاً للعقار (tiers détenteur) ، فيكون مسئولاً عن الدين بحكم انتقال ملكية العقار له . ومن ثم يكون ملزماً بالدين عن المدين ، فيدخل ضمن الحالة الأولى من حالات الحلول القانوني ، وهي الحالة التي سبق بيانها (١) .

وحتى تتبين ، فيما نحن بصددده ، كيف تتحقق للموفى مصلحة في أن يحل محل الموفى له نفرض أن عقاراً مرهوناً بأعه صاحبه . فالمشتري للعقار المرهون يستطيع بطبيعة الحال أن يظهر العقار المرهون فينتخلص من الرهن ، ولا يحتاج إلى الحلول محل الدائن المرتهن . ولكنه مع ذلك قد تكون له مصلحة في أن يوفى الدائن المرتهن حقه (٢) فيحل محله ويصبح مرتهناً للملك نفسه ، في الفرضين الآتين :

= فقرة ١٥٤٥ - فقرة ١٥٤٦ ، وفي انتقاده بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٣٠ ص ٦٢٩ - ص ٦٤٠) .

هذا وقد جاء في المذكرة الإيضاحية المشروع التمهيدى في صدد هذه الحالة الثانية من حالات الحلول القانوني ما يأتي : « أما الحالة الثانية فهي حالة الوفاء من أحد الدائنين لدائن آخر مقدم عليه بماله من تأمين عيني . فلو فرض أن عقاراً رهن لدائنين على التوالي . فللدائن المتأخر مصلحة في الوفاء بحق الدائن المتقدم والحلول محله فيه . فقد يوفق بذلك إلى وقف إجراءات التنفيذ إذا كانت قد بوشرت في وقت غير ملائم ، على أن يعود إليها متى استقامت الأحوال . وقد يتيسر له أحياناً أن يفتنع من تأمينات أخرى خصصت لضمان الدين الذي قام بأدائه . وقد يكون من مصلحة أحد الدائنين العاديين أن يقوم بالوفاء بدين الدائنين المرتهنين حتى يفيد من مزايا الحلول . وبراى أن الدائن المتقدم في الرتبة لا يحل حلولاً قانونياً إذا وفى دائناً متأخراً عنه حتى يتيسر له وقف إجراءات التنفيذ لعدم ملاصقة الظروف ، فالحلول لا يتم في هذه الحالة إلا بالتراضي » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٧٨ - ص ١٧٩) .

(١) استئناف مختلط ٢٠ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٣٥ - ٨ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٠٥ .

(٢) ويجب أن يوفى المشتري الدائن المرتهن مباشرة ، أما إذا دفع الثمن للبائع ثم استعمل البائع الثمن في الوفاء للدائن المرتهن ، فإن المشتري لا يحل حلولاً قانونياً محل الدائن المرتهن . ولكن يجوز أن يقبض البائع الثمن من المشتري على قدة دفعه لدائن المرتهن بتفويض من المشتري ،

أولاً — قد يتوق بذلك إجراءات التطهير الطويلة المعقدة ، وذلك بأن يكون ثمن العقار المرهون معادلاً لقيمته ، بحيث إذا بيع العقار في المزاد العلني لن يبلغ ثمنه في المزاد أكثر من الثمن الذي التزم به المشتري . فإذا فرض أن العقار مرهون لأكثر من دائن ، وكان الثمن الذي التزم به المشتري لا يكفي إلا لوفاء الدائن المرتين الأول ، كان للمشتري أن يدفع الثمن لهذا الدائن فيوفيه حقه ، ويحل محله في رهته الأول . ولا تصبح هناك مصلحة للدائنين المرتين المتأخرين في بيع العقار ، فلن يصل ثمنه إلى أكثر من الثمن الذي دفعه المشتري وحل به محل الدائن المرتين الأول ، ولن يصيبهم شيء في التوزيع بعد أن يستولى المشتري على الثمن الذي دفعه . فيستطيع المشتري ، بفضل هذا الحلول القانوني ، أن يوقف عملياً الدائنين المرتين المتأخرين عن مباشرة التنفيذ على العقار الذي اشتراه .

ثانياً — قد يكون للمشتري مصلحة في أن يحل محل الدائن المرتين إذا كان البيع الصادر له معرضاً للإبطال أو للفسخ ، فحلوله محل الدائن المرتين يحقق له تأمينا عينيا عند رجوعه بالثمن في حالة إبطال البيع أو فسخه (١) .

وغنى عن البيان أن المشتري ، إذا وفي الدائن المرتين حقه وحل محله بمقتضى القانون ، فانه يحل محله في جميع ماله من التأمينات . فإذا كان لهذا الدائن المرتين

= فيحل المشتري في هذه الحالة محل الدائن المرتين ، لأنه يكون هو — عن طريق وكيله الهائع — الذي وفي الدائن المرتين حقه (أنظر في هذه المسألة بودري وهارد ٢ فقرة ١٥٥٢) .

وإذا وفي المشتري للدائن المرتين حقه ، حل محله دون حاجة إلى رضائه أو إلى رضاه المدين (استئناف مختلط ١٣ يونيو سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٣١) .

(١) بودري وهارد ٢ فقرة ١٥٥٠ مكررة أولاً — وبورد بودري وهارد فرضاً ثالثاً يتحقق فيه ، للمشتري مصلحة في أن يحل محل الدائن المرتين ، وذلك إذا اشترى العقار من غير مالك ، وأراد المالك الحقيقي أن يسترد من العقار ، فعندئذ يكون المشتري آنذا على الثمن الذي دفعه للدائن المرتين وحل به محله ، إذ أن المالك الحقيقي عندما يسترد العقار يسترده مرهوناً للمشتري بمقدار هذا الثمن (بودري وهارد ٢ فقرة ١٥٥٠) . وقد يترض على ذلك بأن المشتري من غير مالك لا يصبح مالكا للعقار المرهون ، فلا يكون مستولا عن الدين ، وإذا دفعه للدائن المرتين لم يحل محله حولا قانونياً . ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن المشتري من غير مالك ، إذا دفع اثنين للدائن المرتين ، حل محله في الرهن (استئناف مختلط ٩ مايو سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٢٩٥) .

تأمين عيني آخر ، حل المشتري محله فيه ، وقد تتحقق مصلحة له في ذلك فيما إذا كان العقار الذي اشتراه لم يعد يفي بالتأمين الذي دفعه ، فيكمل التأمين الآخر ضمانه (١) .

ويستوى ، في وفاء المشتري لحق الدائن المرتهن والحلول محله ، أن يفعل المشتري ذلك اختياراً من تلقاء نفسه أو أن يفعله وهو ملزم به ، بأن يكون للبائع قد ألزمه في شروط البيع أن يدفع الثمن للدائن المرتهن ، أو أن يكون الدائن المرتهن قد بدأ في اتخاذ إجراءات التنفيذ فاضطر المشتري أن يوفى له حقه ليتوق هذه الإجراءات (٢) . ويستوى كذلك أن يكون المشتري قد اشترى العقار ممارسة أو اشتراه في مزاد جبرى (٣) .

٣٨٠ - وجود نص خاص بقر- للموئى من الحلو : وقد جاء

في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « وثمة أحوال أخرى ينحول القانون الموفى فيها حق الحلو بنص خاص ، فمن ذلك مثلاً حلول موئى

(١) استئناف مختلط ١١ يونيه سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤٤٠ — ١٤ إبريل سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٣٧ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٥٣ — بلانويول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٢٩ ص ٦٣٦ — ص ٦٣٧ .

وإذا كان المشتري قد اشترى حصة شائعة ، ودفع الدين لفك الرهن الموقع على العين جميعها ، حل محل الدائن في مواجهة البائع وجميع الشركاء في الشيوع بمقدار ما وئى عنهم من الدين (استئناف مختلط ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٠٦ م ١٩ ص ٦٣ — أنظر أيضاً : استئناف مختلط ٢٦ فبراير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٢٦٥) .

(٢) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٥٢ مكررة أولاً — فقرة ١٥٥٢ مكررة ثانياً .

(٣) استئناف مختلط ٣٠ مايو سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٥٦ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٤٩ مكررة أولاً .

هذا وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في صدد هذه الحالة الثالثة من حالات الحلول القانونى ما يأتى : « أما الحالة الثالثة فتتعلق حيث يكون الموفى قد اشترى عقاراً وأدى ثمنه وفاء لدائنتين خصص العقار لضمان حقوقهم ، كما هو الشأن في المائر . فقد يتنازع الموفى في هذه الحالة أن يفتض من تأييدات أخرى خصصت لضمان الدين الذى أداه . وقد تكون له مصلحة في أداء من العقار لدائنتين المرتهنتين المتتبعين في المرتبة دون أن يقوم بتطهيره ، متى وثق من أن الثمن الذى يرسو به مزاده لا يكتفى لفواء بديون من وقام وحل محلهم فيما لو باشر إجراءات التنفيذ فيهم من الدائنتين المتأخرين في المرتبة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٧٩) .

م ٤٣ — الوسيط

الكيميالة بطريق التوسط محل الحامل في حقوقه (١).

ذلك أن المادة ١٥٧ من التقنين التجارى تنص على ما يأتى : « الكيميائية المعمول عنها البروتستو يجوز دفع قيمتها من أى شخص متوسط عن صاحبها أو عن أحد محيلها ، ويصير إثبات التوسط والدفع فى ورقة البروتستو أو فى ذيلها » . ثم تنص المادة ١٥٨ من هذا التقنين على أن : « من دفع قيمة كيميالة بطريق التوسط يحل محل حاملها ، فيحوز ماله من الحقوق ويلزم بما عليه من الواجبات فيما يتعلق بالإجراءات اللازمة استيفاؤها . فإذا حصل هذا الدفع عن الساحب تبرأ ذمة جميع المحيلين ، أما إذا كان عن أحدهم فتبرأ ذمة من بعده منهم » .

وبين من هذه النصوص أن دفع الكيميائية بطريق التوسط عن الساحب أو عن أحد المحيلين يجعل المتوسط الذى دفع قيمة الكيميائية يحل حلولاً قانونياً محل الدائن - أى حامل الكيميائية - فى الرجوع على صاحب الكيميائية ومحيلها . فإذا كان المتوسط قد دفع عن الساحب ، فلا رجوع إلا على الساحب دون المحيلين لأن ذمة هؤلاء تبرأ بهذا الدفع . أما إذا كان قد دفع عن أحد المحيلين ، فإنه يرجع على الساحب وعلى المحيلين الذين يسبقون المحيل الذى دفع عنه ، أما المحيلون الذين يلون هذا المحيل فقد برئت ذمتهم بالدفع . فهذه حالة من حالات الحلول القانونى ورد فيها نص خاص فى التقنين التجارى (٢) .

وهناك مثل آخر للحلول القانونى الذى ورد فيه نص خاص ، فقد نصت المادة ٧٧١ مدنى على ما يأتى : « يحل المؤمن قانوناً بما دفعه من تعويض عن الحريق فى الدعاوى التى تكون للمؤمن له قبل من تسبب بفعله فى الضرر

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٧٩ .

(٢) ويلاحظ أن المتوسط ، فى الحالة التى نحن بصدها ، عندما دفع قيمة الكيميائية لم يكن مسئولاً من هذا الدين ، وإنما جعل له القانون الحلول محل الدائن توثيقاً للإثبات ، وتوسيعاً لسبل الرقابة بسندات الائتمان التجارية ، فيتيسر الرقابة بهذه السندات من طرق مختلفة . هذا إلى أن المتوسط الذى دفع الكيميائية عن الساحب أو عن المحيل يطلب أن يكون صديقاً ينتظر منه إسهال من دفع عنه ، وما يفرضه بهذا الإسهال أن يحل قانوناً محل الدائن (انظر فى هذا المعنى بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٦٦) .

الذى نجمت عنه مسئولية المؤمن ، مالم يكن من أحدث الضرر قريباً أو صهراً للمؤمن له ممن يكونون معه في معيشة واحدة ، أو شخصاً يكون المؤمن له مسئولاً عن أفعاله . وهذا النص يقضى بأن شركة التأمين إذا أمنت مكاناً من الحريق ، ثم احترق المكان المؤمن بخطأ شخص معين ، فإن الشركة تدفع مبلغ التأمين للمؤمن له ، وتحمل محله قانوناً في حقه ضد المسئول عن هذا الحريق (١) ، وذلك مالم يكن هذا المسئول متصلاً اتصالاً وثيقاً بالمؤمن له ، بأن كان قريبه أو صهره وكان مقبلاً معه في معيشة واحدة ، أو كان ولده أو شخصاً تحت رعايته ممن يعتبر هو مسئولاً عنهم . ولو جاز لشركة التأمين أن ترجع على هؤلاء ، وهذا هو مبلغ صلتهم بالمؤمن له ، لكان رجوعها هذا بمثابة الرجوع على المؤمن له نفسه ، فتكون الشركة قد سلبته بالشمال ما أعطته باليمين .

(١) ويلاحظ هنا أيضاً أن شركة التأمين ، عندما دفعت مبلغ التأمين للمؤمن له وحلت محله في الرجوع بالتعويض على المسئول ، لم تكن مسئولة عن هذا التعويض مع المسئول . ومن ثم يجب أن يقسم الخلل القانوني هنا على نص خاص ، إذ أن شركة التأمين عندما دفعت مبلغ التأمين للمؤمن له إنما دفعت ديناً شخصياً في ذمتها له بموجب عقد التأمين . فليس من حقها أن ترجع على المسئول عن الحريق بمقتضى القواعد العامة إلا إذا نزل لها المؤمن له من دعواه قبل هذا المسئول ، فالخلل هنا أقرب إلى أن يكون نزولاً عن هذه الدعوى إلى شركة التأمين بموجب نص خاص في القانون (انظر في المعنى الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٥١) . ويخلص من ذلك أن حلول شركة التأمين محل المؤمن له مقصور على الحالة التي نحن بصدها ، لورود النص في شأنها . وقد ورد نص آخر في القوانين رقم ٦٤ لسنة ١٩٣٦ بشأن إصابات العمل ، فقد قضت المادتان ٧ و ٩ من هذا القانون بأنه إذا كانت إصابة المسائل ترتب مسئولية شخص آخر غير صاحب العمل ، وكان صاحب العمل مؤثماً على حوادث العمل (وقد أصبح هذا التأمين إجبارياً بموجب القانون رقم ٨٦ لسنة ١٩٤٢) ، فإن شركة التأمين التي دفعت قيمة التعويض محل صاحب العمل في حقوقيه قبل الشخص المسئول . وفيما عدا هذه الحالات التي وردت فيها نصوص خاصة ، لا يوجد نص عام يقضى ، في التأمين على الحوادث ، بحلول شركة التأمين محل المصاب في الرجوع على المسئول . وكثيراً ما تعتمد شركات التأمين إلى الاحتفاظ بحقها في الرجوع على المسئول بموجب شرط صريح في وثيقة التأمين ، ويكون هذا الشرط بمثابة اتفاق على حوالة حق محتمل ، فينتقل في حق المسئول بإعلانه بالحوالة وفقاً للقواعد المقررة في حوالة الحق (انظر في هذا المعنى الأستاذ محمد علي عرفة في التأمين طبعة ثانية ص ١٨٤ — ص ١٩٢ — وقارن بلافول وديوير وديفونان فقرة ١٢٢٣ ص ٦٤٢ — ص ٦٤٣) .

§ ٢ - الحلول الاتفاق

(Subrogation conventionnelle)

١ - الحلول باتفاق الموفى مع الدائن

٣٨١ - النصوص اللزومية : تنص المادة ٣٢٧ من التقنين المدني على ما يأتي :

« للدائن الذي استوفى حقه من غير المدين أن يتفق مع هذا الغير على أن يحل محله ، ولو لم يقبل المدين ذلك ، ولا يصح أن يتأخر هذا الاتفاق عن وقت الوفاء » (١) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ١٦٢/٢٢٥ (٢) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٣٢٦ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣١٤ - وفي التقنين المدني العراقي

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٤٦٢ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي :

« لدائن الذي استوفى حقه من غير المدين أن يتفق مع هذا الغير على أن يحل محله حتى لو لم يقبل المدين ذلك . ويكون الاتفاق ب ورقة رسمية ، ولا يصح أن يتأخر عن وقت الوفاء » . وفي لجنة المراجعة حذف الحكم الخاص بجعل الاتفاق في ورقة رسمية لعدم ضرورة ذلك ، وأصبحت المادة رقمها ٣٢٩ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٣٢٧ (مجموعة الأحوال الشخصية ٣ ص ١٨٠ - ص ١٨١) .

(٢) التقنين المدني السابق ٢٢٥/١٦٢ : التأمينات التي كانت على الدين الأصل تكون تأميناً لمن دفعه في الأحوال الآتية قطع : أولاً - إذا قبل الدائن عند الأداء له انتقال التأمينات لمن دفع الدين إليه ...

(وللمحكم واحد في التقنينين السابق والجديد ، إلا فيما يتعلق بالتصوير الفني للحلول فقد قلنا أنه يبدو من جارات التقنين السابق أن هذا التقنين يختار الدين الذي وفي قد انقضى فيرجع الموفى بمن جديد تقتض إلى تأمينات الدين القديم ، أما في التقنين الجديد فالرجوع يكون بنفس الدين وتأميناته ودفعه : انظر آنفاً فقرة ٣٧٦ في المامش) .

المادة ١/٣٨٠ - وفي تقنين الموجبات والعقود البناني المادة ٣١٣ (١) .

وبخلاص من هذا النص أن الحلول هنا يجب أن يكون باتفاق بين الموفى والدائن ، ويجب ألا يتأخر الاتفاق على الحلول عن وقت الوفاء . ولا يشترط في الاتفاق شكل خاص ، ويخضع في إثباته للقواعد العامة (٢) .

٣٨٢ - اتفاق بين الموفى والمراضع : إذا لم يكن الموفى في حالة

من حالات الحلول القانوني التي سبق ذكرها ، وأراد الوفاء بدين غيره على أن محل محل الدائن ، فسيهله إلى ذلك أن يتفق مع الدائن على هذا الحلول . ذلك أنه ما دام باب الحلول القانوني غير مفتوح للموفى ، فليس أمامه إلا الحلول الاتفاق ، فيتفق إما مع الدائن وإما مع المدين .

وما على الدائن ، حتى يستوفى حقه ، إلا أن يتفق مع الموفى على إحلاله محله . وهو لا يخسر شيئاً من هذا الإحلال ، بل يكسب أن يستوفى حقه في ميعاد حلوله أو حتى قبل هذا الميعاد إذا اتفق الموفى على ذلك . وليس المدين طرفاً في هذا الاتفاق ، فرضاؤه غير ضروري ، والحلول يتم بغير إرادته ، بل بالرغم عن إرادته . على أنه يفهم فائدة محققة من هذا الوفاء ، فدينه يقضى ويتخلص بذلك من مطالبة الدائن . وإذا كان قد استبدل بالدائن القديم دائناً جديداً ،

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٣٢٦ (مطابقة لمادة ٣٢٧ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٢١٤ (مطابقة لمادة ٣٢٧ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ١/٣٨٠ (مطابقة لمادة ٣٢٧ من التقنين المدني المصري ، فيما عدا

أنها تشترط أن يكون الاتفاق بورقة رسمية ، كما كان الأمر في المشروع التمهيدى للتقنين المدني المصري الجديد) .

تقنين الموجبات والعقود البناني م ٣١٣ : إن الدائن الذي حصل الإيفاء من شخص ثالث يمكنه أن يحل محله في حقوقه ، ويجب حيث أن يحصل الاستبدال صراحة عند الإيفاء على الأكثر . أما تاريخ سند الإيفاء المشتل على الاستبدال فلا يحد ثابتاً بالنسبة إلى الأشخاص الآخرين إلا من يوم صيرورة هذا التاريخ صحيحاً . (والحكم واحد في التقنين البناني والمصري) .

(٢) المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٨٠ -

فيغلب أن يكون هذا الدائن الجديد أكثر تساهلاً معه وأسرع إلى التيسير عليه في وفاء دينه ، وإلا لما تطوع مختاراً لوفاء الدين . وهذا هو الدور الذي يقوم به الموفى لدين غيره ، فهو من جهة يسدى خدمة إلى المدين بوفائه للدين وإمهاله حتى يتمكن من الوفاء ، وهو من جهة أخرى يستوثق لضمان حقه قبل المدين بحلولة محل الدائن .

والدائن حر في قبول إحلال الموفى محله أو عدم إحلاله (١) . وهو حر أيضاً في تحديد مدى هذا الإحلال ، فقد يحله محله في بعض ضمانات الدين دون بعض ، فيحله في الرهن والامتنياز دون أن يحله في الكفالة (٢) .

ولا يشترط في الاتفاق شكل خاص ، فأى تعبير عن الإرادة له معنى الحلول يكفي . وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدني الجديد يشترط ورقة رسمية نظراً لما للحلول من خطر ، ولكن لجنة المراجعة حذفت هذا الشرط (٣) .

٣٨٣ - **هرم تأخر الاتفاق عن وقت الوفاء : ولا يجوز أن يتأخر**

هذا الاتفاق عن وقت الوفاء (٤) . والغالب أن يكون الاتفاق والوفاء بالدين حاصلين في وقت واحد ، فيتقدم الموفى إلى الدائن ويتفق معه على وفاء حقه مع حلولة محله في هذا الحق ، ويثبتان الاتفاقين معاً - الاتفاق على الوفاء

(١) ويجوز لو كبل الدائن أن يحل الموفى محل الدائن ، ولو كانت الوكالة عامة (هودي وبارد ٢ فقرة ١٥٢٧) - وإذا أرسل الدائن محضراً لقبض الدين ، فوكالة المحضر مقصورة على القبض . فإذا اتفق مع الموفى حل أن يحل محل الدائن ، لم يبر هذا الاتفاق في حق الدائن إلا إذا أقره (هودي وبارد ٢ فقرة ١٥٢٧ - فقرة ١٥٢٧ مكررة) .

(٢) لوران ١٨ فقرة ٣٢ - بودزي وبارد ٢ فقرة ١٥٢٩ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٣٨١ في الماشر فيما يتعلق بتاريخ نص المادة ٣٢٧ مدني - والتقنين المدني الفرنسي وتقنين الموجبات والمقعود البناني يشترط كل منهما أن يكون الاتفاق صريحاً (expres) ، ولكن ذلك لا يمتى اشتراط لفظ خاص . قارن في عهد التقنين المدني السابق : استئناف مخطط ١٢ يناير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٠٦ .

(٤) استئناف مخطط ٢٠ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٠٧ - ٢١ يناير سنة ١٩٣٢ م

٤٤ ص ١٢٤ .

والاتفاق على الحلول — في مخالصة واحدة (١). ولكن لاشيء يمنع من أن يكون الاتفاق على الحلول سابقاً على الوفاء ، فيفتق الموفى والدائن مقلماً على الحلول ، ثم يدفع الموفى الدين بعد ذلك (٢).

والذي لا يجوز هو أن يكون الوفاء بالدين أولاً ، ثم يليه الاتفاق على الحلول (٣). ذلك أنه إذا تم الوفاء بالدين أولاً ، وتراخى الاتفاق على الحلول إلى ما بعد ذلك ، فإن هذا يفتح الباب للتحايل . فقد يكون المدين وفي دينه وفاء بسيطاً ، وانقضى الدين ، فانقضى بانقضائه رهن في المرتبة الأولى كان يضمه ، وترتب على ذلك أن الرهن الذي كان في المرتبة الثانية أصبح في المرتبة الأولى . ثم يتواطأ المدين بعد ذلك مع الدائن الذي استوفى دينه ، ويجعله يصطنع اتفاقاً مع أجنبي يذكر فيه أن هذا الأجنبي هو الذي وفي الدين وهو الذي حل محله فيه . فيعود الرهن الذي كان في المرتبة الأولى وكان قد انقضى ، ليحل الأجنبي محل الدائن فيه ، وذلك إضراراً بالرهن الذي يليه والذي أصبح في المرتبة الأولى بعد انقضاء الرهن الأول (٤).

(١) ولكن يجب أن يدفع الموفى الدين للدائن حتى يحل محله فيه . وليس من الضروري أن يدفعه من ماله ، والمهم ألا يكون الوفاء من مال المدين . فلو أن أجنبياً أقرض المدين مالا ليوفي به دينه ، فوفى المدين الدين من هذا القرض ، لم يحل الأجنبي محل الدائن ، حتى لو ذكر الدائن في مخالصة الدين أنه يقبل إحلال المقرض محله ، ما دام الدين قد وفى من مال المدين بعد أن أقرضه . والذي يمكن في هذه الحالة هو الحلول باتفاق مع المدين لا مع الدائن ، إذا استوفيت الشروط الواجبة ، وسيأتي بيانها (انظر في هذا المعنى لارومبيير م ٤ ١٢٥٠ فقرة ٧ — هيك ٨ فقرة ٥٧ — ديمولومب ٢٧ فقرة ٣٥٨ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٢٦ — أنظر عكس ذلك : هلايول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٢٢ ص ٦٢٨ — ص ٦٢٩) .

(٢) قانون الأستاذ غيد المي حجازى ٣ ص ٣٨ .

(٣) ولكن إذا اتفق على الحلول قبل الوفاء بالدين أو معه ، كان الحلول صحيحاً حتى لو أعطيت المخالصة المثبتة للحلول بعد الوفاء بالدين ، فالعبرة بتاريخ الاتفاق على الحلول لا بتاريخ إعطاء المخالصة (ديمولومب ٢٧ فقرة ٣٧٢ — هيك ٨ فقرة ٥٨ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٢٥ مكررة أولاً) .

(٤) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتى : « والثاني [تلم الاتفاق على الحلول وقت الوفاء على الأكثر ، وقد قصد من هذا الشرط إلى دوره التحصيل ، فقد يتواطأ الدائن مع المدين بعد أن يكون هذا قد استوفى حقه ، فيعتقان غشاً على حلول أحد —

٣٨٤ - إثبات الاتفاق على الحلول : ويغض عن إثبات الاتفاق

على الحلول للقواعد العامة في الإثبات . فإذا كانت القيمة التي وفي بها الدين تزيد على عشرة جنهات لم يجز الإثبات إلا بالكتابة أو بما يقوم مقامها ، وإلا جاز الإثبات بالينة وبالقرائن .

إلا أنه يلاحظ أن المخالصة بالدين المتضمنة الاتفاق على الحلول يجب أن تكون ثابتة التاريخ حتى تكون نافذة في حق موف آخر حل محل الدائن ، أو في حق محال له بالحق ، أو في حق دائن للدائن حجزت تحت يد المدين . فهؤلاء الأغيار يتنازعون الأسبقية مع الموف للدين ، فان كانوا هم السابقين في الوفاء أو في الحوالة أو في الحجز كان الدين لهم ، وإلا فهو للموف . ومن ثم يجب أن يكون السند الذي يتمسكون به هو أيضاً ثابت التاريخ ، فإذا كان تاريخ الوفاء الواقع من الموف الثاني أو تاريخ نفاذ الحوالة في حق المدين تاريخاً ثابتاً - أما تاريخ الحجز فهو ثابت بطبيعة الحال - وجب أن يكون للمخالصة المتضمنة الاتفاق على الحلول تاريخ ثابت أسبق . أما بالنسبة إلى المدين وورثته ، فليس من الضروري أن تكون المخالصة ثابتة التاريخ (١) .

« الأغيار لتفويت حق دائن مرتين ثان متأخر في الرتبة ، فيما لو أقر النص صحة الاتفاق على الحلول بعد الوفاء » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٨١) .

(١) بودى ويادو ٢ مقرة ١٥٢٨ مكررة - بلانيول وريبير ودوان ٧ مقرة ١٢٢٣ - الأستاذ عبد الحى حجازى ٢ ص ٢١ .

هذا وقد يتسلك الغير ، ويدخل فيهم دائن مرتين في المرتبة الثانية كان يصبح في المرتبة الأولى لو أن الوفاء كان بسيطاً دون حلول ، بأن الدين كان قد وفى قبل الاتفاق على الحلول ، فيكون الحلول باطلاً وفقاً لما تضمنه . فإذا ادعوا أن الدين وفى الدين هو نفس المتمسك بالحلول وأنه وفى الدين أولاً ثم توطأ مع الدائن والمدين على الحلول ، جاز لهم إثبات أسبقية الوفاء على الحلول بجميع الطرق ، لأنهم ينسبون نفس المتمسك بالحلول . وإذا ادعوا أن الدين وفى الدين هو المدين أو شخص آخر غير المتمسك بالحلول ، دون أن ينسبوا شيئاً إلى هذا الأخير ، لم يجز لهم إثبات أسبقية الوفاء على الحلول إلا بتاريخ ثابت لوفاء يسبق التاريخ الثابت للمخالصة المتضمنة الاتفاق على الحلول (أوبرى ورد ٤ مقرة ٣٢١ ص ٢٦٩) .

ب - الحلول باتفاق الموفى مع المدين

٢٨٥ - النصوص القانونية : تنص المادة ٣٢٨ من التقنين المدني على ما يأتي :

« يجوز أيضاً للمدين ، إذا اقترض مالا وقي به الدين ، أن يحمل المقرض محل الدائن الذي استوفى حقه ، ولو بغير رضاه هذا الدائن ، على أن يذكر في عقد القرض أن المال قد خصص للوفاء وفي الخالصة أن الوفاء كان من هذا المال الذي أقرضه الدائن الجديد » (١) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ١٦٤/٢٢٧ (٢) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٣٢٧ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣١٥ - وفي التقنين المدني العراقي

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص المادة ٤٦٣ من المشروع التمهيدى بطريق الخيرة على أحد الوجهين الآتين : (١) « ويجوز أيضاً للمدين ، إذا اقترض مالا سدد به الدين ، أن يحمل المقرض محل الدائن الذي استوفى حقه ، ولو بغير رضاه هذا الدائن ، على أن يكون الأول بورقة رسمية ، وأن يذكر في عقد القرض أن المال قد خصص للوفاء وفي الخالصة أن الوفاء كان من هذا المال الذي أقرضه الدائن الجديد » - (٢) « ويجوز أيضاً للمدين ، ولو بغير رضاه الدائن الذي استوفى حقه ، أن يحمل شخصاً آخر محل هذا الدائن ، على أن يكون الحلول بورقة رسمية ، وأن يكون التأشير به على هامش الفيد الأصل قد تم قبل أن يسجل تضييه عقارى صدر من دائن آخر » . وقد آثرت لجنة المراجعة النص الأول ، وأقرته بعد حذف الحكم الخاص بجعل الحلول بورقة رسمية لعدم ضرورته ، وأصبح رقم المادة ٣٤٠ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٣٢٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٨٢ و ص ١٨٤) .

(٢) التقنين المدنى السابق : م ٢٢٧/١٦٤ : يجوز للمدين أن يقترض بفنن واسطة مديانه من شخص آخر ما يكون منه وفاء المصهد به ، وأن ينقل لذلك الشخص التأينانات الى كانت لدائن الأصل - - وأضافت المادة ٢٢٧ من التقنين المختلط ما يأتي : بشرط أن يكون الاقتراض والنقل ثابتين بسند رسمى .

(والحكم واحد في التقنينين السابق والجديد ، فيما عدا وجوب الورقة الرسمية في التقنين المختلط ، فقد جرى التقنين الجديد التقنين الأهل السابق في حذف هذا الشرط) .

المادة ٢/٣٨٠ — وفي تقنين الموجبات والمقود البنائي المادة ٣١٤ (١) .

٣٨٦ — الحلول بالاتفاق مع المدين تبرره أغراض عملية :

هنا أيضاً ، كما في الحلول بالاتفاق مع الدائن ، لا يكون الموفى في حالة من حالات الحلول القانوني ، فلا يستطيع إذن أن يحل محل الدائن بحكم القانون ، ويلزمه في هذا الحلول أن يتفق عليه مع المدين . ولكن إذا كان الحلول بالاتفاق مع الدائن ، ولو برغم إرادة المدين ، يبدو طبيعياً على أساس أن الدائن هو الذي يتصرف في حقه ، فإن الحلول بالاتفاق مع المدين ، ولو برغم إرادة الدائن ، لا يبدو طبيعياً أصلاً ، فإن الذي يتصرف في حق الدائن ليس هو الدائن نفسه صاحب الحق ، بل هو المدين وبرغم إرادة الدائن صاحب الحق . ومهما يكن من غرابة ذلك من الناحية النظرية ، فإن الناحية العملية تبرره . ذلك أن الحلول بالاتفاق مع المدين فيه كل النفع للمدين ، ولا ضرر فيه على الدائن ولا على الدائنين الآخرين . أما أن فيه كل النفع للمدين ، فإن تمكن المدين من إحلال المقرض محل دائته ولو بغير رضاء هذا الدائن يتيح أن يجد في يسر من يقرضه المال اللازم للوفاء بدينه ، مادام سيقدم المقرض .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري : م ٣٢٧ (مطابقة المادة ٣٢٨ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي : م ٣١٥ (مطابقة المادة ٣٢٨ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي : م ٢/٣٨٠ (مطابقة المادة ٣٢٨ من التقنين المدني المصري ، فهما

كما أن التقنين العراقي يشترط أن يكون الحلول بورقة رسمية كما كان عليه الأمر في المشروع التمهيلي لتقنين المصري الجديد) .

تقنين الموجبات والمقود البنائي : م ٣١٤ : يكون الاستبدال صحيحاً متىما يقترض المدين مبلغاً من المال لإيفاء ما عليه ، فيمنح مقرضه ، لكي يؤته كل ماله ، جميع الحقوق التي كانت لفائته الأول الذي أوفى دينه . وفي مثل هذه الحالة يجب : (أولاً) أن يكون لدى المقرض الإيصالات تاريخ صحيح (ثانياً) أن يصرح في سند الاقتراض بأن المال إنما اقترض بقصد الإيفاء ويصرح في سند الإيصالات بأن الإيفاء إنما كان من المال المقرض . (ثالثاً) أن يصرح بأن المقرض حل محل الدائن الموفى دينه فيما له من الحقوق — ولا يشترط رضا الدائن لصحة هذا التماثل .

(والمحكم واحد في التقنينين البنائي والمصري) .

نفس الضمانات التي كانت للدائن . فينتفع كل من المدين والمقرض ، المدين بالتخفيف من وطأة الدين وبما يمد له المقرض من أسباب التيسير في الوفاء به ، والمقرض باستثمار ماله في قرض مكفول بضمانات قائمة . ولا ضرر في ذلك على الدائن ، فانه استوفى حقه ، ومادام قد استوفاه فقيم بضمره أن تنتقل الضمانات إلى الدائن الجديد ! ولا ضرر في ذلك على الدائنين الآخرين ، فان هؤلاء لم تتغير أوضاعهم من مدينهم ، فهم هم في ترتيبهم القائم ، سواء بقي الدائن السابق أو حل محله دائن جديد .

لكل هذه الاعتبارات العملية أجاز القانون أن يكون الحلول باتفاق بين الموفى والمدين ، ولو بغير رضا الدائن . على أن الدائن ، وهو يعلم أن رضاه غير ضروري ، سيأدر في الغالب إلى الرضاء ، فيتم الحلول باتفاق بين الموفى والدائن نفسه ، وهذا هو الذي يقع عادة في العمل (١) .

٣٨٧ - شروط الحلول بالاتفاق مع المدين : ويشترط في هذا

الحلول شرطان :

(أولاً) أن يكون القرض بفرض الوفاء بالمدين ، فيذكر في عقد القرض أن المال المقرض قد خصص لهذا الوفاء . ولا يهم ممن يصدر هذا البيان ، من المقرض وهو المدين أم من المقرض نفسه ، والمهم أن يذكر البيان في نفس عقد القرض (٢) . وتفترض صحة البيان حتى يقام الدليل على عدم صحته (٣) .

(١) لوران ١٨ فقرة ٣٨ — ديمولوب ٢٧ فقرة ٣٩٣ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٣٠ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٢٤ — وأنظر كيف دخل الحلول بالاتفاق مع المدين في القانون الفرنسي القديم عقب إزال سر الفائدة في الإيرادات المرتبة من ١/٣ إلى ١/٤ ، مما جعل المدينين يقبلون على الاقتراض بالسعر المنخفض وإحلال مقرضهم محل دائنهم الأصليين ، إلى بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٣١ .

(٢) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٣٣ .

(٣) بلانيول وريبير وردوان وريبير ٧ فقرة ١٢٢٥ ص ٦٣١ — ولا يشترط أن يكتب عقد القرض وقت المقرض نفسه ، بل قد تتأخر كتابة هذا العقد . بل ويجوز الاتفاق على فتح حساب جار للمقرض نفسه ، ثم يتسلم المدين القرض بعد ذلك من الحساب الجاري لوفاء الدين . أنظر في ذلك بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٣٣ .

(ثانياً) أن يذكر في المخالصة عند الوفاء أن المال الموفى به هو مال القرض . ولا يهم هنا أيضاً من يصدر هذا البيان ، فقد يصدر من المدين وهو يفي دينه وهذا هو الغالب ، وقد يصدر من الدائن وهو يستوفى حقه وهذا جائز ، وقد يصدر من الاثنين معاً ويقع هذا كثيراً (١) . وتفترض صحة البيان حتى يقام الدليل على عدم صحته (٢) .

وليس من الضروري أن تتعاقب العمليتان ، عملية القرض بعملية الوفاء ، بل يجوز أن تكونا متعاصرتين . ففي ورقة واحدة يثبت عقد القرض ويذكر فيه أن المال المقرض خصص للوفاء ، ثم يذكر في الورقة نفسها أن الوفاء قد تم من مال القرض . ولو تم الأمر على هذا النحو لكان ههنا أكثر استجابة لأغراض القانون (٣) ، ولما قامت صعوبات عملية من ناحية ثبوت التاريخ كما سنرى .

ولكن يصح أن تتعاقب العمليتان ، بشرط أن تسبق عملية القرض بعملية الوفاء . إذ لو كانت عملية الوفاء هي السابقة ، لتبين أن الوفاء لم يكن من مال القرض ، فلا يحل المقرض محل الدائن . ومن ثم كان لا بد ، عند تعاقب العمليتين ، من أن تكون كل عملية منهما ثابتة التاريخ ، حتى يستطاع إثبات أن عملية القرض سابقة على عملية الوفاء (٤) .

والسبب في ذلك هو توقي خطر التواطؤ ، كما رأينا في الحلول بالاتفاق مع الدائن . فقد يفي المدين بدينه وفاء بسيطاً ، فينقضي الرهن الذي يضمنه . ثم يخطر له إحياء هذا الرهن إضراراً بمرتهن آخر كان متأخراً في المرتبة وتقدم بعد زوال هذا الرهن الأول ، فيتواطأ مع أجنبي ومع الدائن ، ويصور الأجنبي

(١) بودوى وهارد ٢ فقرة ١٥٣٣ .

(٢) بلانول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٢٥ ص ٦٣١ .

(٣) بودوى وهارد ٢ فقرة ١٥٣٤ .

(٤) أما إذا اقترض المدين وسعد الدين من القرضين ، دون أن يذكر في عقد القرض أن القرض خصص لوفاء الدين أو دون أن يذكر في المخالصة أن المال الموفى به هو مال القرض ، فلا حلول ، إلا إذا دفع المقرض الدين مباشرة للدائن وكان في حالة من حالات الحلول القانوني (استئناف مخطوط ٩ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٧٠) .

مقرضاً أقرضه المبلغ الذى وفى به الدين وأحلّه بهذا الوفاء محل الدائن ، فيجبا الرهن الأول . فسد القانون طريق هذا التحايل ، بأن اشترط أن تسبق عملية القرض عملية الوفاء ، عن طريق التواريخ الثابتة ، فلا يستطيع التحايل بتقديم تاريخ القرض إذا كان متأخراً فعلاً عن تاريخ الوفاء .

على أن القوانين الجرمانية لا تلقى بالا إلى شيء من ذلك ، بل هى تجيز فى صراحة أن يبنى المدين دينه ويستبقى عند الوفاء ضمانات هذا الدين قائمة يستطيع أن يفيد منها ، فيعطيا المقرض يقرضه المال بعد الوفاء لقاء هذه الضمانات ؛ ولا ضرر بصيب الدائنين الآخرين من جراء ذلك ، فإن أوضاعهم لم تتغير ، وإنما تغير عليهم اسم الدائن المتقدم ، وقد كان متقدماً عليهم فى كل حال . وهذا ما يسمى فى القوانين الجرمانية بالشهادات العقارية (cédulas hypothécaires) . وكان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يتضمن نصاً على طريق الخبرة فى هذا المعنى ، ولكن لجنة المراجعة جذفته وآثرت البقاء على التقاليد اللاتينية فى الوفاء مع الحلول بالاتفاق مع المدين ، فالشرط إذن أن يسبق القرض الوفاء أو يعاصره على الأكثر (١) .

(١) انظر تاريخ المادة ٣٢٨ آنفاً فقرة ٣٨٥ فى الهامش — وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « وقد قصد إلى إفساد ضروب التحايل . فلوجب المشروع أن يذكر فى عقد القرض أن المال قد خصص للوفاء بالدين ، وأن يذكر فى المحالصة أن الوفاء كان من هذا المال الذى أقرضه للدائن الجديد . ويراعى أن هذا القيد يحول بين المدين وبين الإفادة من تأميمات من يقوم بإبقاء حقه من الدائنين ، من طريق إحلال أحد الأغيار محله . وقد يصح التساؤل عما إذا كان فى تقييد حق المدين على هذا النحو ما يفوت عليه فرصة الانتفاع من استغلال ما يؤول له من الائتمان على أساس الرهن الأول ، مع أن احتفاظ الدائن المرتب المتأخر بمرتبه هذه لا يحيل له فيما لو رفع التقييد وجها للشكوى (قانون نظام صكوك الرهن العقارى أو تيسير الائتمان فى العقارات الزراعية فى التقنينات الجرمانية) . وقد روى إضاح المجال للاختيار فشفعت المادة ٤٦٣ بصيغة أخرى تنزل منزلة البديل من صحتها الأول . وقد نص فى هذه الصيغة الأخرى على أن المدين أن يحل من أقرضه محل الدائن على أن يكون المحلول بورقة رسمية ، دون اشتراط إتمام عقد القرض فى وقت سابق حل الوفاء أو معاصره له . وغاية ما هناك إنه لشرط أن يكون التأشير بهذا المحلول على هامش القيد الأصل قد تم قبل أن يسجل تنبيه عقارى صدر من دائن آخر ، لأن من حق هذا الدائن ألا يستأهل قيد تال لتسجيل ذلك التنبيه » (مجموعة الأعمال التشريعية ٢ ص ١٨٢) .

وإذا سبق القرض الوفاء ، فلا يهم مقدار الوقت الذى يتخلل العمليتين ، فقد يقصر هذا الوقت أو يطول . ولكنه إذا طال إلى أمد أبعد من المألوف ، أتى هذا البعد ظلاً من الشك فى أن مال القرض لم يستعمل لوفاء الدين ، وكان هذا مدعاة للطعن فى الحلول (١) .

٣٨٨ - مالا يشترط فى الحلول بالاتفاق مع المدين : ولا يشترط
التقنين المدنى الجديد غير الشرطين المتقدمى الذكر فى الحلول بالاتفاق مع المدين .
فلا يشترط إذن :

(أولاً) - أن يكون القرض أو المخالصة فى ورقة رسمية . ويشترط التقنين المدنى الفرنسى (م ١٢٥٠ بند ٢) أن يكون كل من القرض والمخالصة فى ورقة رسمية . وكان التقنين المدنى المختلط السابق يشترط أيضاً هذا الشرط فى القرض ونقل التأمينات (٢) . والذى يشترط فى التقنين المدنى الجديد هو ثبوت تاريخ كل من القرض والمخالصة عند تعاقدتهما ، وإلا لم يسر الحلول فى حق مقرض آخر له حق الحلول ، أو فى حق محال له ، أو فى حق دائن حاجز ، أو فى حق دائن مرتين متأخر . ولكن يسرى ، بالرغم من عدم ثبوت التاريخ ، فى حق المدين نفسه وخلفه العام ، وفى حق الدائن الذى استوفى حقه (٣) .

(ثانياً) أن ينص صراحة على حلول المقرض محل الدائن ، وهذا بخلاف الحلول بالاتفاق مع الدائن ، فلا بد أن ينص صراحة على حلول الموفى محل الدائن . أما هنا ، فمجرد ذكر أن مال المقرض خصص لوفاء الدين وأن الوفاء حصل بمال القرض كاف لاستخلاص حلول المقرض محل الدائن عن طريق الاقتضاء .
(ثالثاً) أن يرضى الدائن بهذا الحلول . فسواء رضى الدائن أو لم يرض ، فإن حلول المقرض محله فى حقه يتم بمجرد الاتفاق على ذلك مع المدين كما سبق

(١) بودى وهارد ٢ فقرة ١٥٣٤ مكررة — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٢٥

ص ٦٤١ .

(٢) انظر آتفا فقرة ٣٨٥ فى المامش .

(٣) بودى وهارد ٢ فقرة ١٥٣٨ .

القول . ولما كانت عملية الحلول هذه تقتضى تدخل الدائن ، فهو لا بد أن يقبل الوفاء وأن يذكر في المخالصة أن الوفاء تم بحال القرض ، فانه إذا أبى أن يفعل هذا أو ذاك ، كان لكل من المقرض والمدين الوسيلة القانونية لإجباره على ذلك ، عن طريق العرض الحقيقى والإيداع . فيتم بذلك ما كان الدائن يأباه ، فان قبل الدائن العرض تم الحلول ، وإن أباه أودع المال على ذمته وحكم بعد ذلك بصحة الإيداع على النحو الذى سنبينه ، فيتم الحلول أيضاً على هذا النحو (١) .

المطلب الثانى

أحكام الرجوع بدعوى الحلول

٣٨٩ — **مآلاته** . أياً كان الحلول ، حلولا قانونياً كان أو حلولا اتفاقياً ، فانه متى تم كانت له نفس الآثار ، وكان له نفس التكيف القانونى . فعندنا إذن فى الحلول ، أياً كان مصدره ، مآلتان : (أولاً) الآثار التى تترتب على الحلول (ثانياً) التكيف القانونى للحلول .

١ — الآثار التى تترتب على الحلول

٣٩٠ — **ماول الموفى محل الدائن وما يرد على هذا الحلول من القيود** :

الحلول يجعل الموفى فى مكان الدائن ، فيصبح له حق الدائن بياشره كما لو كان هو الدائن نفسه . وهذا هو الحكم بوجه عام ، غير أنه يرد على هذا الحكم قيود من شأنها أن تجعل الموفى يعامل معاملة أدنى من معاملة الدائن الأصلى من بعض الوجوه .

فنبحث إذن (١) حلول الموفى محل الدائن . (ب) ما يرد على حلول الموفى محل الدائن من قيود .

(١) بودى وبارد ٢ فقرة ١٥٤٠ — بلانجول وديير ودموان ٧ فقرة ١٢٢٦ .

١ - حلول الموقى عمل الدائن

٣٩١ - النصوص القانونية : تنص المادة ٣٢٩ من التقنين المدني على ما يأتى :

« من حل قانوناً أو اتفاقاً محل الدائن كان له حقه ، بما لهذا الحق من خصائص ، وما يلحقه من توابع ، وما يكفله من تأمينات ، وما يرد عليه من دفع . ويكون هذا الحل بالقدر الذى أداه من ماله من حل محل الدائن (١) .
ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدني السابق ، ولكن الحكم كان معمولاً به دون نص .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدني السوري المادة ٣٢٨ - وفى التقنين المدني الليبي المادة ٣١٦ - وفى التقنين المدني العراقي المادة ٣٨١ - وفى تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٣١٥ (٢) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٤٦٤ من المشروع التمهيدى حل وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٤١ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٣٢٩ (مجموعة الأعمال التمهيدية ٣ ص ١٨٥ - ص ١٨٧) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري : م ٣٢٨ (مطابقة المادة ٣٢٩ من التقنين المدني المصرى) .

التقنين المدني الليبي : م ٣١٦ (مطابقة المادة ٣٢٩ من التقنين المدني المصرى) .

التقنين المدني العراقي : م ٣٨١ (مطابقة المادة ٣٢٩ من التقنين المدني المصرى) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني : م ٣١٥ : إن الاستبدال القانونى أو الاتفاق يحصل للدائن البديل محل فى الحقوق محل الدائن الموقى دينه ، ولكن لا يكسب صفة المتفرغ له ولا مركزه - ولا يحق له إقامة دعوى القضاء محل الدائن الموقى دينه - ولا يحل محله إلا بقدر المال الذى دفعه وبنيته - وإذا كان ملزماً مع غيره ، فلا يحق له مقاضاة شركائه فى الموجب إلا حل قدر حصة كل منهم ونصيبه - ويحق للدائن البديل ، فضلاً عن حق إقامة الدعوى الناتجة من الاستبدال ، أن يقيم الدعوى الشخصية الناشئة عن تدخله بصفة كونه وكيلًا أو فضلياً .

(وحله الأحكام تتفق مع أحكام التقنين المصرى ، وسنرى ذلك عند الكلام فى العقود التى ترد على الحل وفى مقاومة الحل بحالة الحق) .

وبمخلص من هذا النص أن الموفى يحل محل الدائن في حقه : (١) بما لهذا الحق من خصائص (٢) وما يلحقه من توابع (٣) وما يكفله من تأمينات (٤) وما يرد عليه من دفع .

٣٩٢ — يكو به للموفى من الرئس بما له من خصائص : يحل الموفى

حل الدائن في نفس حقه ، بما لهذا الحق من مقومات وخصائص . وتقول المذكورة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « فالحق ينتقل إلى من تم الحلول له بما له من خصائص ، كما إذا كان تجارياً ، أو كانت له مدد تقادم خاصة ، أو كان السند المثبت له واجب التنفيذ (١) » .

فالحق الذى حل فيه الموفى محل الدائن إذا كان إذن حقا تجارياً ، انتقل إلى الموفى على هذه الصفة حقا تجارياً ، وقد يقتضى ذلك أن يكون التقاضى فيه من اختصاص المحاكم التجارية (٢) . وإذا كان حقا يسقط بالتقادم بانقضاء مدة قصيرة ، خمس سنوات أو أقل ، فانه ينتقل إلى الموفى قابلاً للسقوط بالتقادم بهذه المدة القصيرة . وقد تكون المدة أوشكت على الانقضاء ، فلا تلبث أن تنقضى بعد انتقال الحق إلى الموفى ، وهذا عيب في دعوى الحلول لا يوجد في الدعوى الشخصية كما سيأتى . وقد يكون الحق الذى انتقل إلى الموفى ثابتاً في سند رسمى أو في حكم ، فيكون سنداً قابلاً للتنفيذ في يد الموفى كما كان في يد الدائن الأصل .

بل إن الحق قد تقترب به خصائص أخرى فتنتقل جميعها مع الحق إلى الموفى . فقد يكون الدائن الأصل قد قاضى بحقه وسار في إجراءات التقاضى شوطاً بعيداً ، فلا يحتاج الموفى إلى تجديد هذه الإجراءات ، بل يسير فيها من حيث وجدها (٣) .

-
- (١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ من ١٨٦ .
 (٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن من كفل سنداً إذنياً ووفاء الدائن ، يجوز له بعد ذلك أن يحوله إلى الغير كما لو كان هو الدائن (٨ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ من ١٨٧) .
 (٣) بلانول وريير وودوان ٧ فقرة ١٢٣٥ من ٦٤٥ .
 (م ٤٤ — الوسيط)

٣٩٣ - يكون للموفا من الرائن بما يلحقه من قوايع : فلو كان

الحق الذى انتقل إلى الموفا ينتج فوائد بسر معين ، فإن الحق ينتقل متجاً لهذه الفوائد بهذا السر ، ويكون للموفا الحق فى تقاضى هذه الفوائد ما استحق منها وما يستحق (١) .

ويعتبر تابعاً للحق ، فينتقل منه إلى الموفا ، دعوى فسخ تقترن بالحق ، كما إذا كان الموفا قد وفى البائع الثمن المستحق له . فإن الموفا يحل محل البائع فى حقه ، بما له من تأمين عيني وهو حق الامتياز ، وما يلحق به من تابع وهو دعوى الفسخ . فيجوز للموفا ، إذا لم يستوف من المشتري الثمن الذى دفعه للبائع ، أن يطلب فسخ البيع ، وأن يتسلم المبيع من المشتري وفاء بحقه (٢) .

ويعتبر أيضاً تابعاً للحق أن يكون للدائن حق الطعن فى تصرف المدين بالدعوى البولصية ، فإذا انتقل الحق إلى الموفا انتقل معه حق الطعن بهذه الدعوى (٣) .

ويعتبر تابعاً كذلك الحق فى الحبس ، فتنقل العين المحبوسة من الدائن إلى الموفا ، ويكون له الحق فى حبسها حتى يستوفى الدين من المدين .

٣٩٤ - يكون للموفا من الرائن بما يكفل من تأمينات : وينتقل

إلى الموفا مع حق الدائن ما يكفل هذا الحق من تأمينات عينية وتأمينات شخصية .

(١) محكمة طنطا ٢٠ يناير سنة ١٩٢٦ المحاماة ٦ رقم ٢٥٧ ص ٢٢٧ - المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٨٦ .

(٢) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٦٧ - بلانيول وريبير وودوان ٧ فقرة ١٢٣٥ ص ٦٤٥ - وإذا أُجيب الموفا إلى طلبه من فسخ البيع وتسلم المبيع من المشتري ، انتقلت ملكية المبيع إلى الموفا انتقالاتاً مبتدأ تستحق عليه الرسوم الكاملة لانتقال الملكية . بخلاف ما إذا كان البائع هو الذى طلب فسخ البيع واسترد المبيع من المشتري ، فإن ملكية المبيع تعود إلى البائع بأثر رجعى ، وتعتبر كأنها لم تنتقل منه ، لا أنها انتقلت إليه بأثر مبتدأ (بلانيول وريبير وودوان ٧ فقرة ١٢٤٠) .

(٣) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٦٧ - بلانيول وريبير وودوان ٧ فقرة ١٢٣٥ ص ٦٤٥ .

مثل التأمينات العينية الرهن الرسمي والرهن الحيازي (١) ، سواء كان الرهن هو المدين نفسه أو كان كفيلاً عينياً . ومثل هذه التأمينات أيضاً حقوق الامتياز ، خاصة كانت أو عامة ، على عقار أو على منقول . ومثل التأمينات الشخصية أن يكون الحق كفيل شخصي ، فيبقى هذا الكفيل ضامناً للحق بعد انتقاله إلى الموفى (٢) ، ولا حاجة في ذلك إلى رضاء الكفيل لأن المدين الذي يكفله لم يتغير ولا عبء بتغير الدائن (٣) . ومثل التأمينات الشخصية أيضاً أن يكون الحق مدينون متضامنون متعددون ، أو له مدينون متعددون وهو غير قابل للانقسام ، فينتقل إلى الموفى على هذا الوصف . ومن ثم يجوز للموفى أن يرجع به ، لا على المدين الذي وفى دينه فحسب ، بل أيضاً على سائر المدينين المتضامين في حالة التضامن أو سائر المدينين المتعدين في حالة عدم القابلية للانقسام (٤) .

٣٩٥ - يكون للموفى من الدائن بما يرد عليه من دفع : وكما تنتقل

مع الحق مزاياه من خصائص وتوابع وتأمينات ، ينتقل أيضاً معه ما يرد عليه من دفع ، كاسباب البطلان والانقضاء ، مالم يكن الأمر متعلقاً بواقعة غير منفكة عن شخص الدائن ، كالدفع بقصر الدائن ، فهو لا يظل قائماً بعد الحلول متى كان من تم الحلول له كامل الأهلية (٥) .

(١) استئناف مختلط ٨ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٣٤ .

(٢) استئناف مختلط ٢٩ مايو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤١٥ .

(٣) انظر الأصل التاريخي - في القانون الفرنسي القديم - في رجوع الموفى على الكفيل : بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٦٧ مكررة أولاً .

(٤) والحلول في التأمينات يقع بحكم القانون ، فلا يحتاج الموفى إلى اتفاق مع الدائن على إحلال محله في رهن أو في أي تأمين آخر أو في أي طلب للدخول في التوزيع بدلاً منه (استئناف مختلط ١٤ فبراير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٢٨ - ١٧ أبريل سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٨٦ - ٢٥ يونيو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤٦٨ - ٢٢ أبريل سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٢٥٧ - ٢٧ أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٩٢ - ٢ يونيو سنة ١٩٢١ م ٣٢ ص ٢٦٥ - ٢٩ يونيو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٥٣٠ - ١٦ أبريل سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٣٢٧ - ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ١٣٦) . ولا يجوز للدائن أن ينزل عن الرهن أو عن مرتبة هذا الرهن إنشراحاً بحق الموفى الذي حل محله في هذا الرهن (استئناف مختلط ٢٥ مايو سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٢٦٤) .

(٥) 'الذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٨٦ .

فاذا كان الحق مصدره عقد باطل أو عقد قابل للإبطال ، جاز للمدين أن يتمسك بهذا الدفع تجاه الموفى كما كان له ذلك تجاه الدائن الأصلي . وإذا كان الحق قد انقضى بالوفاء أو بأى سبب آخر كالتجديد أو المقاصة أو الإبراء أو التقادم ، جاز للمدين أن يدفع بانقضاء الحق تجاه الموفى كما كان يجوز له ذلك تجاه الدائن الأصلي . وإذا كان الحق معلقاً على شرط واقف لم يتحقق ، أو على شرط فاسخ تحقق ، أو كان حقاً مؤجلاً ولم يحل الأجل ، جاز للمدين أن يدفع بكل ذلك : لاتجاه الدائن الأصلي فحسب ، بل أيضاً تجاه الموفى الذى حل محله .

أما إذا كان الدائن الأصلي قاصراً ، فجاز للمدين أن يمتنع عن الوفاء له شخصياً لعدم صحة الوفاء فى هذه الحالة ، فانه لا يستطيع أن يدفع بهذا الدفع الخاص بشخص الدائن تجاه الموفى إذا كان هذا متوافراً فيه الأهلية لاستيفاء الدين .

ب - ما يرد على حلول الموفى محل الدائن من قبود

٣٩٦ - فى حالات خاصة لا يحل الموفى محل الدائن من جميع الوجوه : على أنه إذا كان الأصل أن يحل الموفى محل الدائن فى حقه من جميع الوجوه ، فان هناك حالات لا يكسب فيها الموفى جميع المزايا التى كانت للدائن :

(١) وأولى هذه الحالات أن الموفى إذا وفى الدين للدائن بمبلغ أقل من قيمته ، فانه لا يرجع على المدين إلا بمقدار مادفع للدائن ، أما الدائن فانه كان يرجع على مدينه بكل الدين .

(٢) وإذا كان الموفى مديناً متضامناً ووفى الدائن فحل محله حلولاً قانونياً على النحو الذى قلناه ، فانه لا يرجع على كل من المدينين المتضامنين الآخرين إلا بقدر حصته فى الدين ، وكان الدائن يرجع بكل الدين على أى من المدينين المتضامنين .

(٣) وإذا كان الموفى هو حائز العقار المرهون ووفى الدائن فحل محله حلولاً قانونياً على النحو الذى قلناه ، لم يكن له بموجب هذا الحل أن يرجع على

حائز لعقار آخر مرهون في ذات الدين إلا بقدر حصة هذا الحائز بنسبة ماحازه من عقار ، وكان الدائن يرجع على أى حائز لعقار مرهون بكل الدين .

(٤) كذلك لا يرجع حائز العقار المرهون ، إذا هو وفى الدين للدائن ، على الكفيل لنفس الدين ، وكان الدائن يرجع على الكفيل .

(٥) وإذا وفى الغير الدائن جزءاً من حقه وحل محله فيه ، فإن الدائن الأصلي في استيفاء مابقى من حقه يكون مقدماً على الموفى ، فهنا قلت حقوق الموفى عن حقوق الدائن .

ونستعرض هذه المسائل الخمس متعاقبة .

٣٩٧ - رجوع الموفى على المرهين بمقدار ما أداه من ماله لا بمقدار

المرهين : رأينا أن العبارة الأخيرة من المادة ٣٢٩ من التقنين المدنى تقضى بأن الموفى إذا وفى الدين للدائن بقيمة أقل من مقدار الدين ، فإن رجوعه على المرهين يكون بمقدار ما أداه لا بمقدار الدين . وفى هذا نرى الموفى يعامل معاملة أقل من معاملة الدائن ، فإن الدائن إذا كان الغير لم يوفه حقه كان له أن يرجع بكل حقه على المرهين . أما وقد قبل الدائن أن يستوفى من الغير حقه منقوصاً ، ونزل عن جزء منه ، فإن هذا النزول يكون في مصلحة المرهين لا في مصلحة الموفى ، وكأن الدائن قد نزل عن جزء من الدين للمرهين ، ومن ثم لا يرجع الموفى على المرهين إلا بمقدار ما دفعه لوفاء الدين (١) .

والسبب في ذلك أن الموفى وهو ينفى بالدين للدائن إنما يقوم بوفاء الدين ، بعيداً عن فكرة المضاربة التي رأيناها في حوالة الحق لصيقة بمن يشتري الدين . وقد أحاطت الوفاء هنا ملاسبات اقتضت أن ينزل الدائن عن جزء من الدين ويستوفى الباقي ، فليس للموفى أن يرجع على المرهين بأكثر مما وفى ، إذ هو لا يقصد المضاربة فيما قام به من وفاء ، وهو في الغالب صديق للمرهين أراد إسعافه ، أو ملتزم بالدين أراد الوفاء بالتزامه . ولو كان يقصد المضاربة ويريد الرجوع بكل الدين ،

(١) استئناف مخطوط ١٠ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٨٥ - بلانيول وريبير وردوان ٧

فقرة ١٢٣٦ ص ٦٤٦ .

تسببه إلى ذلك أن يشتري الدين من الدائن بالمقدار الذى دفعه ، وعند ذلك يفضل إليه الدين كاملاً عن طريق حوالة الحق ، ويرجع به كله على المدين .

٣٩٨ - الموفى صريحا متضامنا : وإذا كان الموفى مديناً متضامناً ،

أو كان مديناً مع آخرين في دين غير قابل للانقسام ، أو كان أحد الكفلاء المتضامنين ، ثم وفى الدين كله للدائن فحل محله فيه حلولاً قانونياً ، فقد كان ينبغي أن يكون مدى رجوعه معادلاً لمدى رجوع الدائن . ولما كان الدائن يستطيع أن يرجع بكل الدين على أى مدين متضامن أو على أى مدين في دين غير قابل للانقسام أو على أى كفيل متضامن ، فقد كان ينبغي للموفى أن يفعل ذلك هو أيضاً . ولكن الموفى لا يرجع على أى من المدينين المتضامنين الآخرين ، أو على أى من المدينين المتعديدين الآخرين في الدين غير القابل للانقسام ، أو على أى من الكفلاء المتضامنين الآخرين ، إلا بقدر حصة من يرجع عليه ، وذلك تفادياً من تكرار الرجوع . إذ لو رجع بالدين بعد استئصال حصته على أى من هؤلاء ، لكان للدافع أن يرجع هو أيضاً على أى من الباقيين بما بقى من الدين مستزلاً منه حصته ، وهكذا ، فيتكرر الرجوع ، فقصر حق الموفى في الرجوع على مقدار حصة من يرجع عليه تبسيطاً لإجراءات الرجوع ، ولأن الدين إذا كان لا ينقسم في علاقة الدائن بالمدينين فإنه ينقسم في علاقة المدينين بعضهم ببعض ، وقد تقدم بيان ذلك عند الكلام في التضامن .

٣٩٩ - الموفى مأزراً للعقار المرهونه ويرجع على مأزراً لعقار مرهونه

آخر - النصوص القانونية : وتنص المادة ٣٣١ من التقنين المدني على ما يأتي :
« إذا وفى حائز العقار المرهون كل الدين ، وحل محل الدائنين ، فلا يكون له بمقتضى هذا الحل أن يرجع على حائز لعقار آخر مرهون في ذات الدين إلا بقدر حصة هذا الحائز بحسب قيمة ما حازاه من عقار » (١)

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٤٦٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق

لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٣٤٣ في المشروع -

والمفروض هنا أن الدين مضمون برهون متعددة على عقارات مختلفة ، وقد بيع كل عقار فأصبح في يد حائز لعقار مرهون . ولما كان كل من هؤلاء الحائزين ملتزماً بالدين عن المدين ، فانه إذا وفى أحدهم الدين للدائن حل محله قانوناً . وكان ينبغي أن يرجع بالدين ، بعد أن يستزل منه حصته بحسب قيمة ماحازه من عقار ، على أى من الحائزين الآخرين ، وكان الدائن يرجع بكل الدين على أى منهم لأن الرهن غير قابل للتجزئة . ولكن النص يقضى بأن يرجع الموفى على كل من الحائزين الآخرين بقدر حصته في الدين بحسب قيمة ماحازه من عقار ، حتى لا يتكرر الرجوع ، وذلك لنفس الاعتبارات التي سبق لإيرادها في خصوص التضامن (١) .

- التام . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٢٢١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٩٠ - ص ١٩١) .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدف السابق ، ولكن الحكم كان معمولاً به دون نص . ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدف الليبي المادة ٢١٨ وهي مطابقة المادة ٢٢١ من التقنين المدف المصري . ولا مقابل للنص في التقنين المدف السوري ، ولا في التقنين المدف العراقي ، ولا في تقنين الموجبات والعقود اللبناني ، ولكن الحكم يمكن العمل به دون نص .

(١) ونقول المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في هذا الصدد ما يأتي : « فإذا قام أحد المدينين التضامنين بالوفاء بالدين بأسره ، كان له أن يرجع على الباقيين كل بقدر حصته . . . ولو كان رجوعه هذا مؤسلاً على دعوى الحلول ... وقد طبقت القاعدة نفسها فيما يتعلق بالحائز عند وفاته بكل الدين الذي رهن المقار لضمان الوفاء به . فتمثل هذا الحائز أن يرجع بدعوى الحلول على الحائزين الآخرين ، سواء في حالة تعدد العقارات المرهونة في دين واحد ، أو في حالة تعدد المشترين لعقار المرهون ، ولكن ليس له أن يرجع على كل منهم إلا بقدر نصيبه في الدين حسب قيمة ما يكون حائزاً له » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٩٠ - ص ١٩١) . ونقول بحكمة استئناف مصر إن هذا هو الحل الذي تملبه العدالة حفظاً للتوازن في حقوق والتواجبات بين جميع الحائزين ، لأن القسانون يتحول كلا منهم حق الحلول محل الدائن الأصلي في حقوقه متى وفى الدين ، وله بهذه المثابة أن يرجع على سواء من الحائزين ومنهم من دفع أولاً . فغير وسيلة حفظ الموازنة بين الجميع هي أن يحمل رجوع بعضهم على بعض متناسباً مع قيمة ما يحوزون (استئناف مصر ٧ أبريل سنة ١٩٤٧ المجموعة الرسمية ٤٨ رقم ٢٨٠) . وانظر : استئناف مخطط ٦ مارس سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٩٦ - ٢٠ مارس سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٢٣٠ - ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ ص ٩٥ - ٣٤ أبريل سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٣١٢ .

٤٠٠ - الموفى مائز للعقار المرهونه ولا يرجع على الكفيل : إذا كان

للدين كفيل شخصي أو عيني ، فأصبح مسئولاً عن الدين ، فانه إذا وفى الدين للمائن حل محله فيه قانوناً . وكان له أن يرجع - كما كان يرجع الدائن - على أى عقار مملوك للمدين ومرهون فى الدين ، ولو انتقل العقار إلى يد حائز . فاذا رجع الكفيل على هذا العقار المرهون واستوفى منه مادفعه وقاء للدين ، لم يرجع عليه أحد ، لا المدين صاحب العقار المرهون ولا الحائز لهذا العقار ، لأنه إنما كان مسئولاً عن الدين تجاه الدائن ، لا تجاه المدين ولا تجاه خلفه الخاص حائز العقار المرهون .

أما العكس فغير صحيح . فلو كان الموفى هو الحائز للعقار المرهون ، وحل محل الدائن حلولاً قانونياً ، فانه لا يستطيع الرجوع على الكفيل ، إذ لو رجع عليه ، لكان للكفيل أن يرجع هو أيضاً بدوره على هذا الحائز بدعوى الحلول . فلا فائدة إذن من رجوع الحائز للعقار المرهون على الكفيل ، لأن هذا الحائز مسئول عن الدين تجاه الكفيل بمقتضى الرهن . أما الكفيل فقد رأينا أنه يرجع على الحائز للعقار المرهون ، لأنه غير مسئول عن الدين تجاه هذا الحائز كما قلنا (١) .

٤٠١ - الموفى لم يوف الأجزاء من الدين - النصوى القانونية :

تنص المادة ٣٣٠ من القانون المدنى على ما يأتى :

١ - إذا وفى الغير الدائن جزءاً من حقه وحل محله فيه ، فلا يضار الدائن بهذا الوفاء ، ويكون فى استيفاء مابقى له من حق مقدماً على من وفاء ، ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك .

٢ - فاذا حل شخص آخر محل الدائن فيمابقى له من حق ، رجع من حل

(١) لكن إذا وفى الحائز للعقار المرهون الدين بأكثر من الثمن الذى اشترى به العقار ، اعتبر فيما زاد على الثمن بمثابة كفيل عيني ، وانقسم الدين عليه وحل الكفلاء ، فيرجع على كل كفيل بقدر حصته فيما زاد على الثمن (استئناف مختلط ١٦ أبريل سنة ١٩٢٥ م ٢٧ ص ٢٣٨) وانظر فى أن الحائز للعقار المرهون لا يرجع على الكفيل : بلانويول وريبير وردوان ٧ قسرة ١٣٤١ .

أخيراً هو ومن تقدمه في الحلول كل بقدر ماهو مستحق له ، وتقاسمها قسمة الغرماء (١) .

والمفروض هنا أن الموفى وفي جزءاً من الدين ، فحل محل الدائن في هذا الجزء . فإذا كان المدين قد رهن عقاراً في الدين ، وليس بنى العقار بكل الدين ، وليس للمدين أموال أخرى ، فإن الموفى وقد وفي جزءاً من الدين والدائن الأصلي ولا يزال دائئاً بالجزء الباقي لا يجدان أمامهما غير هذا العقار ليستوفى كل حقه منه ، ويتقدمان معاً على سائر الغرماء بما لهما من حق الرهن . ولكن فيما بينهما كان ينبغي أن يتعادلا ، فإن كلا منهما دائن بجزء من دين واحد ، فلا محل لتفضيل أحدهما على الآخر . ولكن النص - وهو في ذلك يترجم عن الإرادة المحتملة للطرفين - يفترض أن الدائن لم يكن ليرضى باستيفاء جزء من حقه إلا وهو مشروط على الموفى أن يتقدم عليه في استيفاء الجزء الباقي ، وعلى هذا الأساس قد قبل وفاء جزئياً ما كان الموفى يستطيع أن يجبره عليه .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٤٦٥ من المشروع التمهيدى عل وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٤٢ ، فجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٣٣٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٨٨ - ص ١٨٩) .

ويقابل في التقنين المدنى السابق المادة ٦١٧/٥٠٥ ، وهذا نصها : « إذا دفع الكفيل الدين عند حلول الأجل ، فله الرجوع على المدين بجميع ما أداء ، ويحل محل الدائن في حقوقه . لكن لا تجوز له المطالبة إلا بعد استيفاء الدائن دينه بتمامه إذا كان الكفيل لم يدفع إلا جزءاً من الدين » . ويتفق هذا الحكم مع حكم التقنين المدنى الجديد) .
ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

في التقنين المدنى السورى المادة ٣٢٩ (وهى مطابقة للمادة ٣٣٠ من التقنين المدنى المصرى) .
في التقنين المدنى الليبى المادة ٣١٧ (وهى مطابقة للمادة ٣٣٠ من التقنين المدنى المصرى) .
في التقنين المدنى العراقى المادة ٣٨٢ (وهى مطابقة للمادة ٣٣٠ من التقنين المدنى المصرى) .
في تقنين الموجبات والعمود البنى م ٣١٦ : في حالة الإبقاء الجزئى يشترك البديل مع الدائن في استعمال الحقوق المختصة بكل منهما على نسبة ما يجب لكل واحد ، ويرى دينهما من أموال المدينين على نسبة حصة كل منهما . (وهذا النص يخالف نص التقنين المصرى ، فهو يفترض أن إرادة الدائن وإرادة الموفى بجزء من الدين قد انصرفت إلى أن يكونا حل قدم المساواة ، فتقاسما حال المدين قسمة الغرماء) .

ومن ثم يتقدم الدائن الأصلي على الموفى في الغرض الذي نحن بصددده ، ويستولى أولاً الجزء الباقي له من الدين ، وما بقي بعد ذلك من ثمن العقار يأخذه الموفى فلا يستوفى به كل حقه (١) .

ونرى من ذلك أن الموفى ، وقد حل محل الدائن في جزء من حقه ، لم يعامل معاملة الدائن ، بل فضل الدائن عليه . على أن هذه القاعدة يحدها فيها قيود ثلاثة :

(١) أنها ليست إلا افتراضاً لما أَرَادَهُ الدائن والموفى *Nemo contra se subrogasse censetur* ، فهي ليست قاعدة من النظام العام . ومن ثم يجوز للدائن والموفى أن يتفقا على غير ذلك ، فلهما أن يتفقا على أنهما يتعاضدان ويتقاسمان مال المدين قسمة الغرماء . بل لهما أن يتفقا على أن الموفى هو الذي يتقدم الدائن فيستوفى أولاً الجزء من الدين الذي وقاه ، وما بقي بعد ذلك يأخذه الدائن . وهذا ما يقع غالباً ، فإن الموفى وهو يني للدائن بحقه يكون عادة هو الجانب الأقوى الذي يحل شروط الوفاء ، فسرعان ما يشترط أن يتقدم الدائن في استيفاء حقه من المدين (٢) .

(٢) وحتى لو لم يتفق الدائن والموفى على شيء يخالف القاعدة المتقدمة الذكر ، وتقدم الدائن على الموفى فهذه ميزة شخصية للدائن وحده ، لا تنتقل منه إلى شخص آخر يني له بالجزء الباقي من حقه ويحل محله فيه . وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٣٣٠ ملقى صراحة على هذا الحكم كما رأينا ، فقضت بأنه : « إذا حل شخص آخر محل الدائن فيما بقي له من حق ، رجع من حل أخيراً

(١) استئناف مخطوط ٢٥ يونيو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤٦٨ — ٢٠ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٣٥ — وقد طبقت المادة ٧٩٩ من التفتين المدف الجديد هذا الحكم في الكفالة ، فنصت على إنه « إذا وُقِيَ التكفيل الدين ، كان له أن يحل محل الدائن في جميع ماله من حقوق قبل المدين . ولكن إذا لم يوف إلا بمض الدين ، فلا يرجع بما وقاه إلا به أن يستوفى الدائن كل حقه من المدين » . انظر أيضاً في هذا المعنى المادة ٦١٧/٥٠٥ من التفتين المدف السابق وقد سبق ذكرها .

(٢) بودري وبارد ٢ فقرة ١٥٧٥ — بلافول وريبير ووردوان ٧ فقرة ١٢٣٧ ص ٦٤٨ . هذا ويلاحظ أن تفتين الموجبات والعقود الليناف (٣١٦ م) وضع القاعدة على خلاف ذلك كما قمنا ، فافترض أن الدائن والموفى أرادا أن يتعاضدا وأن يتقاسما مال المدين قسمة الغرماء .

هو ومن تقدمه في الحلول كل بقدر ما هو مستحق له ، وتقاسما قسمة الغرماء (١) . ولا يستطيع الدائن ، وهو يستوفى الجزء الباقي من حقه من هذا الشخص الآخر أن يتفق معه على أن يجعله متقدماً على الموفى الأول ، إذ أن الموفى الأول ليس طرفاً في هذا الاتفاق فلا يسرى في حقه . وإنما يجوز للدائن ، عند استيفاء جزء من حقه من الموفى الأول ، أن يشترط عليه أنه هو أو من يخلفه في الجزء الباقي يتقدم على الموفى الأول . وعند ذلك يكون للدائن وهو يستوفى الجزء الباقي ، أن يتفق مع الموفى الثاني على أن يتقدم على الموفى الأول ، وهذا هو ما رضى به الموفى الأول مقدماً عند اتفاه مع الدائن (٢) .

(٣) وما قدمناه من أن الموفى بجزء من الدين يتأخر عن الدائن عندما يريد هذا استيفاء الجزء الباقي ، إنما يصح إذا تمسك الموفى بدعوى الحلول . أما إذا تمسك بالدعوى الشخصية ، فلا وجه لتفضيل الدائن عليه . فإذا فرض في المثل المتقدم أن المدين لم يرهن عقاراً لضمان الدين ، ووفى الغير الدائن جزءاً من حقه ، ولم يكن عند المدين مال يبق بكل الدين ، فإن رجوع الموفى بالدعوى الشخصية على المدين يجعله يزاحم الدائن في رجوعه على المدين بما بقي من حقه ويتقاسمان مال المدين قسمة غرماء . ذلك أن الموفى إنما يرجع ، لا بدعوى الدائن عن طريق الحلول حتى يتقدم الدائن عليه ، بل بدعوى شخصية خاصة به تعادل دعوى الدائن ، فلا محل لتفضيل أحدهما على الآخر (٢) .

(١) انظر المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٨٩ وهذا الحكم هو المتبع في القانون المدني الفرنسي ، مستمداً من التتاليد دون نص على ذلك (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٧٣) .

(٢) أما إذا كان الدائن الذي بقى له جزء من حقه - وهو مقدم فيه على الموفى - قد حول هذا الجزء الباقي إلى آخر حوالة حق ، فإن الحق المحال به ينتقل إلى المحال له مقترناً بحق التقدم الذي كان للدائن المحيل (انظر في هذا المعنى بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٧٤) .

(٣) بودرى وبارد فقرة ١٥٧١ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٢٨ ص ٦٤٩ - وإذا رجع من وفى جزءاً من الدين على كفيل للدين بالدعوى الشخصية لا بدعوى الحلول ، لم يتقدم عليه الدائن عند رجوع هذا على الكفيل بالجزء الباقي من الدين ، للأسباب ذاتها (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٧٢) .

وإذا كان للدائن رهاناً متتاليان على عقار واحد يضمنان دينين مختلفين ، ووفى الغير للدائن جزءاً من الدين المضبوط بالرهان الأول ، وتقدم الدائن على الموفى في استيفائه للجزء الباقي من =

٥ ٢ - التكييف القانوني للحلول

٤٠٢ - صعوبة هذا التكييف وسبب ذلك : يقوم في سبيل التكييف القانوني للحلول صعوبة جوهرية : فان حلول الموفى محل الدائن معناه كما رأينا انتقال حق الدائن نفسه بمقوماته وخصائصه وتوابعه وتأميناته ودفعه من الدائن إلى الموفى ، ثم إن هذا الحلول لا يكون إلا بوفاء الموفى لهذا الحق ، والوفاء سبب من أسباب انقضاء الحق بل هو أهم أسبابه ، فاذا كان الموفى قد وفى للدائن حقه فقد انقضى هذا الحق ، فكيف ينقضى الحق بالوفاء ومع ذلك ينتقل إلى الموفى فيبقى بانتقاله ! كيف ينقضى الحق ويبقى في وقت واحد ! .

أمام ذلك لجأ الفقه الفرنسي التقليدي إلى القول بأن بقاء الحق بعد انقضائه بالوفاء إنما هو افتراض قانوني (fiction légale) لا أساس له من الواقع ، فان الواقع من الأمر أن الحق قد انقضى بالوفاء ، ولكن القانون يفترض مع ذلك بقاءه للأغراض العملية التي توخاها من إحلال الموفى محل الدائن فيه . وقد انقسم الفقه التقليدي في شأن هذا الافتراض القانوني . فبدأ فريق بالقول إن الذي يبقى ليس هو الحق نفسه فانه قد انقضى بالوفاء ، وإنما تبقى تأمينات الحق وهي التي تنتقل لتكفل حق الموفى في الرجوع على المدين . ولكن الفكرة التي تغلبت في الفقه التقليدي هي أن الحق يبقى افتراضاً وتنتقل مع الحق تأميناته وتوابعه وما إلى ذلك .

ثم بدأ الفقه الحديث بنقد فكرة الافتراض ويواجه المسألة مواجهة جديدة ، فيجعل الوفاء مع الحلول وفاء للحق بالنسبة إلى الدائن وانتقالاً للحق بالنسبة إلى المدين . فيشبه من وجه حوالة الحق ، ولكن يبقى الوفاء مع الحلول مع ذلك متميزاً عن حوالة الحق ، ويظهر ذلك عند بيان القروق ما بين هذين النظامين .

فنحن نبسط أولاً النظريات الثلاث المختلفة في التكييف القانوني للوفاء مع الحلول ، ثم نبرز القروق ما بين الوفاء مع الحلول وحوالة الحق .

هـ هذا المدين ، فإن الموفى يتقدم على الدائن عند ما يريد الدائن استيفاء الدين الآخر المضمون برهن متأخر في المرتبة (انظر في هذا المعنى بلايول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٣٨) .

١ - النظريات الثلاث المختلفة في التكيف القانوني للوفاء مع الحلول

٤٠٣ - بقاء التأمينات وعمرها دوره المحي : يذهب فريق من الفقهاء

إلى أن الوفاء مع الحلول يقضى الحق الموفى به ، لأن الحق لا يمكن أن يبقى بعد الوفاء . وإنما يستبقى القانون ، افتراضاً بسلطان منه ، التأمينات التي تكفل الحق ، وينقلها إلى حق الموفى . في الرجوع على المدين بما وفاه من دينه . فكان دعوى الحلول ، في هذه النظرية ، هي نفسها الدعوى الشخصية التي يرجع بها الموفى على المدين ، وتقوم على الوكالة أو الفضالة أو الإثراء بلا سبب ، وإنما نقل القانون إليها التأمينات التي تكفل حق الدائن بعد انقضاء هذا الحق بالوفاء . فالوفاء مع الحلول ليس إذن إلا وفاء ، أو هو ضرب من ضروب الوفاء . ويكون الوفاء نوعين : وفاء بسيطاً (paiement pur et simple) ووفاء موصوفاً (paiement avec modalité) هو الوفاء مع الحلول .

ويبدو أن التقنين المدني السابق كان يشير إلى هذه النظرية في النصوص التي وضعها للوفاء مع الحلول ، إذ كان يقول في المادة ٢٢٥/١٦٢ : « التأمينات التي كانت على الدين الأصلي تكون تأميناً لمن دفعه في الأحوال الآتية . . . » ، وكان يقول في المادة ٢٢٧/١٦٤ : « يجوز للمدين أن يقترض بدون واسطة مدانيه من شخص آخر ما يكون منه وفاء المتعهد به ، وأن يتقل للملك الشخص التأمينات التي كانت للدائن الأصلي . . . » . على أن الفقه والقضاء في مصر ، في عهد التقنين المدني السابق ، لم يكونا يسيران هذا الاتجاه وكانا يذهبان إلى أن الحق نفسه هو الذي ينتقل إلى الموفى (١) .

٤٠٤ - بقاء المحي نفسه وانتقاله إلى الموفى : ذلك أن الفريق الأكبر

من الفقه الفرنسي التقليدي لم يسلم بانقضاء الحق الموفى به مع بقاء تأميناته وانتقالها إلى الموفى . وحجتهم في ذلك أنه إذا كان المنطق المحض يقتضي أن يقتضى الحق بالوفاء ، فكذلك المنطق المحض يقتضي أن تزول تأمينات الحق

(١) انظر الموجز للمؤلف ص ٥٧٨ .

زوال هذا الحق . فاذا كنا استبقينا التأمينات بالرغم من زوال الحق ونقلناها إلى الموفى ، فليس ذلك إلا عملاً افتراضياً محضاً . وما دمتنا قد لجأنا إلى الافتراض في استبقاء التأمينات ونقلها إلى الموفى ، فلماذا لا نلجأ إلى نفس الافتراض في استبقاء الحق نفسه بتراجمه وخصائصه لننتقله إلى الموفى (١) ؟

والفرق كبير بين الاختصار على نقل التأمينات مع القول بزوال الحق ، وبين نقل الحق نفسه إلى الموفى بما لهذا الحق من خصائص وما يلحقه من توابع وما يكفله من تأمينات وما يرد عليه من دفع . والثاني لا الأول هو حكم الوفاء مع الحلول (٢) ، كما تقضى بذلك صراحة المادة ٣٢٩ مدنى على الوجه الذى قدمناه .

ويبدو الفرق واضحاً بين القولين . فالقول ببقاء الحق نفسه وانتقاله إلى الموفى لا يخلط بين حق الموفى الشخصى الذى استمده من واقعة الوفاء ، ومصدره الوكالة أو الفضالة أو الإثراء بلا سبب ، وحق الموفى الذى استمده من حلوله محل الدائن وهو حق الدائن نفسه كما قدمنا . فينتقل إلى الموفى بموجب الحلول حق الدائن بمقوماته وخصائصه ، كما لو كان الحق تجارياً أو كان مقترناً بسند تنفيذى أو كانت له مدد تقادم خاصة . وينتقل بتراجمه ، كالفوائد ودعوى الفسخ والدعوى البولصية . وينتقل بتأميناته ، كالرهن وحق الاختصاص وحق الامتياز والكفالة . وينتقل بدفعه ، كأسباب البطلان وأسباب الفسخ وأسباب الاقتضاء . أما لو قلنا بالاختصار على نقل التأمينات مع القول بزوال الحق ، فأننا لا نجعل للموفى إلا حقاً واحداً هو حقه الشخصى الذى استمده من الوكالة أو الفضالة أو الإثراء بلا سبب . فلا ينتقل إلى الموفى نفس حق الدائن ، بل يتقضى هذا الحق بالوفاء بما له من خصائص وما يلحقه من توابع وما يرد عليه من دفع . ولا يبقى إلا حق الموفى الشخصى كما قدمنا ، تضاف إليه التأمينات

(١) انظر فى هذا المعنى بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥١٨ ص ٦٢٠ .

(٢) أوبرى ودو ٤ فقرة ٣٢١ ص ٢٦٣ — ص ٢٦٤ و ص ٢٧٠ هامش رقم ٢١ —

بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥١٨ ص ٦١٨ — ص ٦١٩ .

التي كانت تكفل حق الدائن الأصلي (١) . وظاهر أن القول الأول دون الثاني هو القول الصحيح .

٤٠٥ — الوفاء مع الحلول وفاء للحق بالنسبة إلى الدائن وانتقال

للحق بالنسبة إلى المدين : والفقه الحديث لا يميل في تكييف الوفاء مع الحلول تكييفاً قانونياً إلى فكرة الافتراض القانوني (fiction légale) ، بل هو يواجه هذه العملية المركبة مواجهة صريحة ويحللها إلى عناصرها الأولية .

فالعملية من شقين : (١) هي أولاً وفاء للحق (paiement) بالنسبة إلى الدائن ، إذ الدائن يستوفى حقه من الموفى فينقضى هذا الحق بالنسبة إليه . (٢) ثم هي انتقال للحق (transfert) بالنسبة إلى المدين ، إذ المدين لم يوف الحق بنفسه بل وفاء عنه غيره ، فلا ينقضى بالنسبة إلى المدين بل ينتقل إلى الموفى لأنه هو الذي وفى الحق في مقابل أن يحل محل الدائن فيه (٢) .

ووجه الدقة في هذه العملية أن هناك وفاء للحق ، ولكن لم يقم به المدين . فمن حيث أن هناك وفاء للحق ، ينقضى الحق بالنسبة إلى من استوفاه وهو الدائن . ومن حيث أن المدين ليس هو الذي قام بالوفاء ، يبقى الحق في ذمته ولكن لدائن آخر حل محل الدائن الأصلي ، هو ذلك الموفى الذي ما وفى الحق إلا ليحل محل الدائن الأصلي فيه (٢) .

(١) بل إن من هذه التأمينات ما يعتبر صفة في الدين لا في الدائن ، كحق الامتياز ، فينبغي ألا تقتل حقوق الامتياز بعد انقضاء حق الدائن إذا قلنا بالنظرية التي تغيب إلى انقضاء الحق مع بناء التأمينات (انظر في هذا المعنى بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥١٩) .

(٢) استئناف مخطط ١٢ يناير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٢٨ .

(٣) انظر بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٤٤ — دي باج ٣ فقرة ٥٥٣ — فقرة ٥٥٤ وفترة ٥١٣ — فقرة ٥١٤ وقارن فقرة ٣٣٧ ص ٣٤٤ — ص ٣٤٧ — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٥٥٠ — فقرة ٥٥٢ ، ولكنهما يذهبان إلى أن انتقال الحق افتراض قانوني — كولان وكابيتان ودى لامورانديير ٢ فقرة ٥١٥ ، وهم وإن كانوا ينفون فكرة الافتراض القانوني ، إلا أنهم يذهبون إلى أن الاعتبارات العملية هي وحدها التي اقتضت أن ينقضى الحق بالوفاء وهو مع ذلك يبقى بانتقاله إلى الموفى ، فالاعتبارات العملية هنا قد تقلبت عل الصنعة القانونية . وقارن الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٣٥ — ص ٣٦ ، ويذهب إلى أن هناك —

ومن ثم فإن الوفاء مع الحلول ، من حيث أنه ينقل الحق نفسه من الدائن إلى الموفى ، يقترب كثيراً من حوالة الحق . فلا بد من إبراز الفروق ما بين هذين النظامين المتخارين ، حتى يقين في وضوح أنهما نظامان لا يختلطان ، بل يتميز أحدهما عن الآخر . وقد سبقت الإشارة إلى ذلك في إيجاز (١) .

ب - الفروق ما بين الوفاء مع الحلول وحوالة الحق

٤٠٦ - مفهوم الاغراض العملية : شرع الوفاء مع الحلول

لغرض عملي هو التيسير على المدين في وفاء دينه ، فالموفا هو عادة صديق يتقدم لوفاء دين صديقه لينقذه من مطالبة الدائن الملحة ، ثم يترفق به فلا يرجع عليه إلا عند الميسرة . ولو أراد الموفى أن يرجع مباشرة على المدين ، لكان

= شيئاً بين من يوفى بدين على الغير وبين من يقوم بمصل لمصلحة الغير ، فلا يجوز أن ينكر على الموفى حقه في التصك بما أداه لصالح المدين ، وبذلك كان الحلول وسيلة يمنح بها الشارع جهه المستطاع أن يكون الموفى ضحية سيئه في الخير !

هذا ويؤيد تكليف الوفاء مع الحلول على أنه وفاء الحق بالنسبة إلى الدائن وانتقال الحق بالنسبة إلى المدين ، ما ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « الأصل في الالتزام أن يقتضى بالوفاء ، متى انقضى على هذا الوجه انقضى تبهماً لذلك ما يتصل به من الملحقات وأغصبا التأمينات الشخصية والعينية والفوائد التي تم استحقاقها من قبيل : المادة ١١٤ من قانون الالتزامات والسوى . على أن هذا الحكم لا يجرى على إطلاقه ، بل يجب الاحتفظ في شأنه فيما يتعلق بالوفاء مع الحلول حيث تظل التأمينات قائمة ، بل يظل الالتزام قائماً لصالح من تم الحلول له . ينحصر أثر الحلول ، قانونياً كان أو اتفاقياً ، في إسلاف الموفى على الدائن في الحق الذى استوفاه ، وعلى هذا النحو يظل الحق قائماً بعد الوفاء ، وهو أمر يشق توجيهه من الناحية الفقهية . ومهما يكن من شيء فلفكرة الحلول نصيبها من التراكب : فهي تبدو عند إيمان النظر فيها وفاء تترتب عليه براءة الذمة في صلة الدائن بالمدين . وهي تتمثل في صور الاستخلاف على الحق في صلة الدائن بالموفى ، حتى لتكاد تشبه بالحوالة . على أن بين الحلول والحوالة من دقيق التوارق ما يتمتع به هذا الاشتباه ، كما سيأتى بيان ذلك . والخلاصة أن الدين في الحلول يظل قائماً بعد الوفاء ، دون أن يستبدل به دين جديد (قارن م ١٦٢ / ٢٢٥) ، ولا يعتبر هذا مجرد اقتراض ، بل هو حقيقة واقعة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٨٥ - ص ١٨٦) .

(١) انظر آتفاً فقرة ٢٤٤ .

سبيله إلى ذلك ، ليس الوفاء مع الحلول ، بل حوالة الحق ، فيشتري الحق من الدائن ويرجع به مباشرة على المدين . ولكن الموفى ، كما قدمنا ، لا يبنى من تدخله كسباً ، بل يقدم يد المعونة يسديها الصديق للصديق (office d'ami). وهو إذا كان لا يبنى كسباً ، فهو لا يريد أن يتجشم خسارة . ومن ثم فهو يحل محل الدائن في حقه بما لهذا من الحق من تأمينات ، حتى يستوثق من جلوى الرجوع على المدين . على أنه لا يطالب في الرجوع على المدين إلا بمقدار ما أدى لوفاء الدين ، حتى لو كان هذا المقدار أقل من قيمة الدين . ويبقى هذا هو الغرض العملي من الوفاء مع الحلول حتى لو كان الموفى مجبراً على الوفاء ، بأن كان ملزماً بالدين مع المدين أو عنه ، فقد قبل منذ البداية أن يلتزم بالدين ، فهو لا يزال في موقف الصديق . والوفاء مع الحلول لا يكون إلا لدين قد حل ، فيتقدم الموفى لقضائه .

وهذا بخلاف حوالة الحق . فمن يشتري حقاً يشتريه عادة بأقل من قيمته ، إما لأن الحق لم يحل أجل الوفاء به ، وإما لأن استيفاء الحق تحيط به صعوبات قولت المخاطرة في مواجهتها بخفض في قيمة الحق . ويرجع المحال له بعد ذلك على المدين بكل قيمة الحق . فالحال له ، بخلاف الموفى ، مضارب يعقد صفقة يبنى من ورائها كسباً في مقابل ما يربص به من وقت أو ما يواجهه من مخاطرة لاستيفاء الحق . ولا يقتصر على توقي الخسارة ، كما يقتصر الموفى في الوفاء مع الحلول (١).

(١) والقضاء مضطرد في أنه لأجل التمييز بين الوفاء مع الحلول وحوالة الحق ، يجب الرجوع إلى غرض من تعامل مع الدائن . فإن كان غرضه أداء خدمة للمدين بوفاء دينه ، فهذا هو الوفاء مع الحلول . وإن ظهر من ظروف الدعوى أنه لم يكن يرى إلى هذا الغرض ، وجب اعتبار العقد حوالة حق . انظر : أسبوط ٢٣ ديسمبر سنة ١٩١٤ للشرائع ٢ رقم ١٢٩ ص ١٢٥ — ١٦ مارس سنة ١٩١٩ المجموعة الرسمية ٢٠ رقم ١٠٥ ص ١٣٨ — استئناف أهل ٢٩ أبريل سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٢٢ رقم ١٣٨ ص ٢٢٤ — استئناف مصر ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ١٤٥ ص ٢٩٣ — الإسكندرية ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٢٢١ ص ٤٢٤ — أسبوط ٧ يولييه سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ١٢٥ ص ٢٥٢ — استئناف مصر ٧ مايو سنة ١٩٤١ المجموعة الرسمية ٤٢ رقم ١٠ ص ٢٦٧ — استئناف مخطوط ٦ مايو سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٢٣٠ — ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٠١ م ١٤ ص ٢٨ — ٢٦ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٥٣٩ — ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٤٦ م ٥٩ ص ٧٥ .
(م ٤٥ — الوسيط)

على أن الموفى ، فى الحلول الاتفاق ، قد يغبى أيضاً أن يستثمر ماله ، فهو يقوم بالعملين معاً ، يسدى خدمة ويستثمر . مالا . فتقارب الأغراض العملية ما بين الوفاء مع الحلول وحوالة الحق ، فى هذه الحالة ، يجعل النظامين يختلطان أحدهما بالآخر . ولعل الذى أبى الوفاء مع الحلول إلى جانب حوالة الحق أن الوفاء مع الحلول قد يتم بغير إرادة الدائن ، أما حوالة الحق فلا تتم إلا إذا كان الدائن راضياً بالحوالة . ومن ثم كان هناك محل للوفاء مع الحلول إلى جانب حوالة الحق فى الحالات التى يتعذر فيها الحصول على رضاء الدائن بالتزول عن حقه ، بما يكفل هذا الحق من تأمينات (١) .

٤٠٧ - الفروع من حيث شروط الانقضاء والنفاذ : رأينا أن

حوالة الحق تنعقد باتفاق بين الدائن المحيل والمحال له ، فلا بد إذن فيها من رضاء الدائن . أما الوفاء مع الحلول فهو أكثر تنوعاً ومرونة . فقد يتم برضاء الدائن إذا اتفق مع الموفى . ولكنه قد يتم أيضاً بغير رضاء الدائن ، ويمكن أن يتفق المدين والموفى على النحو الذى بسطناه فيما تقدم حتى يتم الحلول . بل هو قد يتم دون رضاء أى من الدائن والمدين ، فيتحقق بإرادة الموفى وحده فى الحالات التى نص فيها على أن يكون الحلول بموجب القانون (٢) . ورمى من ذلك فائدة الوفاء مع الحلول إلى جانب حوالة الحق ، فحوالة الحق لا تصب إلا فى قالب واحد لا تستطيع منه فكاً ، أما الوفاء مع الحلول فقوابله كثيرة متعددة ، وهذا التنوع هو الذى يكسبه مرونة تجعل لوجوده معنى إلى جانب حوالة الحق . ثم إن نفاذ حوالة الحق فى حق المدين وفى حق الغير لا يكون إلا برضاء المدين أو بإعلانه بالحوالة بالطرق المقررة التى سبق بيانها . أما الوفاء مع الحلول فهو نافذ فى حق المدين وفى حق الغير دون أى إجراء (٣) . ويترتب على ذلك أن

(١) انظر بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٢٠ - بلانويل وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٤٥ .
(٢) فإذا كان الحق غير قابل للتزول عنه ولا للحجز عليه ، لم يستطع الدائن حوالته . ولكنه يستطيع استيفاءه من الغير ، ويحل الغير محله فيه (بونسار فى أنسيكلويدى دالوز ه لفظ subrogation فقرة ٢٠٧) .

(٣) عل أن الحيلة تقتضى أن يخطر الموفى المدين بأنه وفى الدين ، خشية أن يوفى المدين الدين للدائن قبل علمه بالوفاء السابق ، فلا يستطيع الموفى فى هذه الحالة إلا أن يرجع على الدائن (أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٢١ ص ٢٧٠ وهامش رقم ٢٢) .

الدائن إذا كان قد استوفى حقه من الغير عن طريق الوفاء مع الحلول ، ثم حول بعد ذلك الحق لمحال له وأعلن هذا الحوالة للمدين ، فان الوفاء مع الحلول وقد سبق حوالة الحق يكون نافذاً — دون إعلان ودون أى إجراء آخر — فى حق كل من المدين والمحال له على السواء ، ولا يستطيع المحال له فى هذا الفرض أن يتمسك بالحوالة فى مواجهة الموفى مع الحلول . وهذا بخلاف ما إذا كان الدائن قد حول حقه أولاً بدلاً من استيفائه ولم يعلن المحال له بالحوالة ، ثم عمد الدائن إلى تحويل حقه مرة ثانية إلى محال له أعلن الحوالة للمدين ، ففي هذا الفرض يستطيع المحال له الثانى أن يتمسك بالحوالة التى أعلنها فى مواجهة المحال له الأول الذى لم يعلن حوالته (١).

٤٠٨ — الفروض من حيث الأسماء — الدعوى الشخصية : هناك

فرق جوهرى ، يظهر بادىء ذى بدء ، بين الموفى مع الحلول والمحال له . فالمحال له ليس له إلا دعوى واحدة ، هى دعوى الحق الذى انتقل إليه ، ولا يستطيع أن يرجع على المدين بغير هذه الدعوى . أما الموفى مع الحلول فله دعويان : دعوى الحق الذى انتقل إليه يطالب فيها بحق الدائن كما يطالب المحال له ، ثم الدعوى الشخصية الناشئة من واقعة الوفاء ومصدرها الوكالة أو الفضالة أو الإثراء بلا سبب . فللموفى إذن دعويان ، دعوى الحلول والدعوى الشخصية ، ولكل من الدعويين ميزات على الدعوى الأخرى .

فمن ميزات دعوى الحلول على الدعوى الشخصية ، أن الموفى إذا رجع بدعوى الحلول ، كان له جميع تأمينات الحق الذى وفاه عيضة كانت أو شخصية ، وكان له أيضاً جميع مقومات هذا الحق وخصائصه فقد يكون حقاً تجارياً أو يكون مقترناً بسند تنفيذى ، وقد تقدم بيان ذلك .

ولكن الدعوى الشخصية قد تكون لها ، من جهة أخرى ، ميزات على دعوى الحلول . ونذكر من هذه الميزات ثلاثاً :

(١) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٢٠ ص ٦٢٤ — بلانيول وريبير ورومان ٧

فقرة ١٢٤٦ ص ٦٥٦ .

أولاً - لما كان الموفى يرجع في الدعوى الشخصية على أساس الوكالة أو الفضالة في أغلب الأحوال ، فإنه يستحق الفوائد القانونية على جميع ما دفعه للدائن وفاء للدين وذلك بحكم القانون . أما في دعوى الحلول فإنه يرجع بحق الدائن ، فإذا لم يكن هذا الحق ينتج فوائد ، فإن الموفى لا يتقاضى أية فوائد من المدين .

ثانياً - إذا رجع الموفى بالدعوى الشخصية ، فإن مصدرها هو واقعة الوفاء كما قدمنا ، ويكون حقه قد نشأ منذ ذلك الوقت . فلا يتقدم - بخمس عشرة سنة في الوكالة وبثلاث سنوات في الفضالة وفي الإثراء بلا سبب - إلا بانقضاء هذه المدة وتسرى من وقت الوفاء . أما إذا رجع الموفى بدعوى الحلول ، فإنه يرجع بنفس الحق الذي انتقل إليه من الدائن ، وقد يكون تقادم هذا الحق سارياً منذ مدة طويلة ويوشك أن يتم ، فلا يكاد الموفى بهم يرفع دعوى حلول حتى يكون الحق قد انقضى بالتقادم .

ثالثاً - إذا كان الموفى قد وفى الحق وفاء جزئياً ، وأراد الرجوع بدعوى الحلول ، فقد رأينا أنه يتأخر عن الدائن حتى يستوفى الدائن من المدين الباقي من حقه . أما إذا رجع الموفى بالدعوى الشخصية ، فإنه يتعامل مع الدائن ولا يتقدم الدائن عليه ، ويتقاسمان مال المدين قسمة الغرماء . وقد سبق بيان ذلك (١) .

٤٠٩ - الفروق بين الدائن - ودعوى الحلول : فإذا نحن تركنا

الدعوى الشخصية واقتصرنا على دعوى الحلول بالنسبة إلى كل من الموفى والمحال له ، فلا تزال هناك فروق هامة بين الاثنين ، ترجع في أساسها إلى أن الموفى صديق يسدى يداً لا يقصد من وراثتها كسباً ، أما المحال له فخصايب يبغي الكسب . ونذكر من هذه الفروق ما يأتي :

أولاً - يرجع الموفى على المدين بمقدار ما دفع من ماله وفاء للدين ، فلو أنه

(١) انظر آنفاً فقرة ٤٠١ - وانظر في كل ما تقدم بوردى وبارد ٢ فقرة ١٥٢١ ص ٦٢٢ - ٦٢٣ - بلانيول وريبير وودوان ٧ فقرة ١٢٣٥ وقرة ١٢٤٢ .

دفع مبلغاً أقل من قيمة الدين فانه لا يرجع على المدين إلا بهذا المبلغ الأقل ، وقد تقدم بيان ذلك . أما الحال له فلو اشترى الحق بأقل من قيمته — ويقع ذلك غالباً — فانه يرجع على المدين بكل الحق ، إذ هو مضارب ببغى الكسب (١).

ثانياً — إذا قام الموفى بوفاء الدين ، ثم أثبت المدين أن الدين غير موجود ، كأن كان باطلاً أو كان قد انقضى ، فإن الموفى لا يرجع على الدائن بدعوى الضمان ، إذ أن الدائن لم يتقل حقاً ولكنه استوفاه ، فلا يجب عليه الضمان . وإنما يرجع الموفى في هذه الحالة على الدائن بدعوى استرداد غير المستحق ، فقد تبين أنه وفي حقاً غير موجود فله أن يسترده . أما إذا رجع الحال له على المدين بالحق الحال به وتبين أن الحق غير موجود ، فإن الحال له يرجع بالضمان على الدائن ليعوضه كل ما فقدته بسبب انعدام الحق (٢) .

ثالثاً — إذا قام الموفى بوفاء الدين وفاء جزئياً وأراد الرجوع بدعوى الحلول على المدين ، فقد رأينا أن الدائن يتقدم عليه فيستوفي الجزء الباقي من حقه أولاً ، ثم يأخذ الموفى ما بقي بعد ذلك وقد لا يكون كافياً للوفاء بما دفع . أما الحال له فإذا كان قد اشترى جزءاً من الحق وأراد الرجوع به على المدين ، فإن الدائن لا يتقدم عليه ، بل يتعادل معه ويتقاسمان مال المدين قسمة غرماء .

رابعاً — وقد رأينا أن الموفى إذا قام بوفاء جزء من الحق ، وقام شخص آخر بوفاء الباقي ، فإن الموفى الأول والموفى الثاني يتعادلان في رجوعهما على المدين ، ويتقاسمان ماله قسمة الغرماء (م ٢/٣٣٠ مدني) . أما إذا كان

(١) المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٨٦ — وهذا إلا إذا كانت الحوالة بحق متنازع فيه ، فيجوز للمدين في هذه الحالة أن يتخلص من مطالبة الحال له إذا هورد إليه الثمن الحقيقي الذي دفعه مع المصروفات وفوائده الثمن من وقت الدفع (م ١/٤٦٩ مدني) .

(٢) فو دعوى الضمان يرد الدائن للحال له قيمة الحق كله مع الفوائد والمصروفات والتعويض عن أي ضرر آخر أصاب الحال له ، أما في دعوى استرداد غير المستحق فلا يرد الدائن للموفى إلا ما قبضه منه وفاء الدين ولا يكون مستولاً عن الفوائد إلا إذا كان سيء النية وقت القبض (انظر بودوي وبارد ٢ فقرة ١٥٢٠ ص ٦٢٣ — ص ٦٢٤ — بلانول وريير وودوان ٧ فقرة ١٢٤٣) .

الدائن، بعد أن استوفى من الموفى جزءاً من حقه، حول الجزء الباقي إلى محال له؛ فإن هذا الجزء الباقي في انتقاله للمحال له يبقى محفظاً بميزة التقدم، فيتقدم المحال له على الموفى.

الفرع الثانى

الموفى له

(Accipiens)

٤١٠- يتم الوفاء باتفاق بين الموفى والموفى له أو بإرادة الموفى وحده : رأينا أن الوفاء هو في الأصل اتفاق على قضاء الدين بين الموفى والموفى له ، ولكن قد يرفض الموفى له دون حق قبول الوفاء، فيستطيع الموفى بإرادته وحده أن يجبره على قبوله عن طريق العرض الحقيقى . وسواء كان الوفاء اتفاقاً أو بإرادة الموفى المنفردة ، فهو تصرف قانونى (acte juridique) كما سبق القول .

ونستعرض في مبحثين متعاقبين : (١) حالة ما إذا كان الوفاء باتفاق بين الموفى والموفى له . (٢) حالة ما إذا كان الوفاء بإرادة الموفى المنفردة ، وهذا هو العرض الحقيقى مع الإيداع (offre réelle et consignation)

المبحث الأول

الوفاء باتفاق بين الموفى والموفى له

٤١١ - الموفى له هو الرائس وقد يكونه غير الرائس : الموفى له يكون عادة هو الدائن أو نائبه . وقد يكون غير الدائن في بعض حالات استثنائية .

المطلب الأول

الموفى له هو الدائن أو نائبه

٤١٢- النصوص القانونية : تنص المادة ٣٣٢ من التقنين المدني على ما يأتي :

« يكون الوفاء للدائن أو لنائبه . ويعتبر ذا صفة في استيفاء الدين من يقدم للمدين مخالصة صادرة من الدائن ، إلا إذا كان متفقاً على أن الوفاء يكون للدائن شخصياً (١) » .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ١٦٧/٢٣٠ (٢) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٣٣٠ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣١٩ - وفي التقنين المدني العراقي المادة ٣٨٣ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٢٩٣/١ (٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٤٦٧ من المشروع التمهيدى حل وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما حدا أن نص المشروع التمهيدى كان في فقرتين . فأدبجتها لجنة المراجعة في فقرة واحدة تحت رقم ٣٤٤ من المشروع التام . ووافق مجلس النواب حل النص ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٢٣٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٩٢ و ص ١٩٤) .

(٢) التقنين المدني السابق م ٢٣٠/١٦٧ : يجب أن يكون الوفاء للدائن أو لوكيله في ذلك أو لمن له الحق في الشيء المتعهد به . (ويتفق الحكم في التقنينين السابق والجديد — انظر في أن المقصود ، في رأى البعض ، بمباراة « أو لمن له الحق في الشيء المتعهد به » هو الدائن الظاهر : الموجز المؤلف ص ٥٥٨ هلمش رقم ٢) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٣٣٠ (مطابقة المادة ٣٣٢ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٣١٩ (مطابقة المادة ٣٣٢ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٣٨٣ ١ - يصبح دفع الدين للدائن أو وكيله إن كان غير محجور ،

فإن كان محجوراً فلا يصبح دفع الدين إليه ، بل يدفع لمن له حق قبضه من ولي أو وصى أو قيم .

٢ — فإن دفع المدين الدين إلى الدائن المحجور ، فلا يعتبر دفعه ولا تبرأ ذمته من الدين . بل

إذا ملك ما دفعه أو ضاع من المحجور ، فقلول أو الوصى أو القيم مطالبة المدين بالدين . (وهذه —

وبمخلص من هذا النص أن الأصل في الوفاء، حتى يكون مبرئاً لئمة المدين، أن يكون للدائن أو لثائبه .

١٥ - الوفاء للدائن

٤١٣ - انوفاء لمن يكونه دائناً وقت استيفاء المدين : الأصل أن يكون الوفاء للدائن كما قدمنا ، لأنه هو الذى له حق استيفاء الدين وإبراء ذمة المدين منه . وليس من الضروري أن يكون الدائن هو الذى كال دائناً وقت نشوء الدين ، بل المهم أن يكون هو الدائن وقت استيفاء الدين . ذلك أن الدائن قد يتغير فى الفترة ما بين نشوء الدين واستيفائه ، كأن يموت الدائن الأصلى فيكون الوفاء لورثته إذ هم الدائنون وقت الاستيفاء ، أو يحول الدائن الأصلى حقه إلى محال له فيكون الوفاء لهذا الأخير إذ هو الدائن وقت الاستيفاء . فالوفاء إذن يكون للدائن أو خلفه ، عاماً كان هذا الخلف كالورثة ، أو خاصاً كالحال له (١) .

٤١٤ - أهلية الرأى لاستيفاء المدين : ويجب ، حتى يكون الوفاء للدائن صحيحاً مبرئاً للئمة ، أن يكون الدائن أهلاً لاستيفاء الدين . فإذا كان قاصراً أو محجوراً ، لم يجز الوفاء إلا لثائبه ، أما الوفاء لشخصياً فلا يكون صحيحاً كما قدمنا . ومع ذلك ينقلب هذا الوفاء صحيحاً إذا أصبح الدائن أهلاً للاستيفاء ، بأن بلغ سن الرشد أو رفع عنه الحجر ، وأجاز الوفاء عند صيرورته أهلاً . وكذلك إذا أصاب الدائن الذى لا يزال غير أهل للاستيفاء منفعة من الوفاء ، فإن الوفاء

- الأحكام تتفق مع أحكام التقنين المدنى المصرى : انظر الأستاذ حسن النونى فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى مقرة ٢٨٥ - مقرة ٢٨٦) .

تقنين الموجبات والمقود البنائى م ١/٢٩٣ : يجب التنفيذ بين يدى الدائن أو وكيله الحاصل حل تقويض قانونى أو الشخص الذى هيته لهذا الغرض . (وتتفق الأحكام فى التقنينين البنائى والمصرى) .

(١) بودوى وبارد ٢ مقرة ١٤٣٣ .

يكون صحيحاً بقدر هذه المنفعة . وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يشتمل على نص فى هذا المعنى هو المادة ٤٦٨ من هذا المشروع ، وكان يجرى على الوجه الآتى : « إذا كان الدائن غير أهل لاستيفاء الدين ، فلا يصح الوفاء له ، إلا إذا أجاز هذا الوفاء بعد أن يصبح أهلاً لاستيفاء الدين . على أنه إذا أصاب الدائن منفعة من الوفاء ، كان هذا الوفاء صحيحاً بقدر هذه المنفعة . وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « يشترط لصحة الوفاء توافر أهلية الاستيفاء فى الدائن . فإذا لم تتوافر فى الدائن هذه الأهلية ، وقع الوفاء له قابلاً للبطلان ، وكان له وحده أن يتمسك بالبطلان . ولا تبرأ ذمة المدين فى هذه الحالة إلا فى حدود ما يعود على الدائن من منفعة من هذا الوفاء . على أن للدائن أن يميز الوفاء فى هذه الحالة بعد أن يصبح أهلاً لاستيفاء الدين ، فيصحح بهذه الإجازة » . وقد حذفت هذه المادة فى لجنة المراجعة « لأنها حكم تفصيلى يكفى فيه تطبيق القواعد العامة (١) » .

والموفى هو المكلف باثبات أن الوفاء عاد بمنفعة على الدائن غير الأهل للاستيفاء . ويستطيع أن يثبت ذلك بجميع الطرق ، لأن حصول المنفعة واقعة مادية . ويكفى فى ذلك أن يثبت أن الدائن قد أنفق ما أخذه فى الشؤون المعتادة ، كأن قام باصلاحات ضرورية أو نافعة فى عقار يملكه . كما يكفى أن يثبت أن الدائن قد استغل ما أخذه استغلالاً نافعاً ، كأن اشترى عيناً ، ف تبرأ ذمة المدين بقدر قيمة هذه العين إذا كانت هذه القيمة أقل مما استوفاه الدائن ، أو تبرأ ذمته من الدين كله إذا كانت قيمت العين مساوية للدين المستوفى أو أكثر . وليس من الضروري أن يبنى النفع الذى عاد على الدائن قائماً ، مادام النفع قد حصل فعلاً للدائن . فإذا هلكت العين التى اشتراها أو تهدمت الإصلاحات التى أجراها ، وكان ذلك لا يرجع إلى سوء تدبير منه ، فإن ذمة المدين تبرأ بقدر المنفعة بالرغم من زوالها بعد ذلك (٢) .

(١) أنظر فى كل ذلك مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٩٢ — ص ١٩٣ فى الهامش .

(٢) تولى ٧ مقرة ١٤ — ديمولوب ٢٧ مقرة ١٩٤ — مقرة ١٩٦ — لوران ١٧

مقرة ٤١ — بودرى ويلود ٢ مقرة ١٤٢٤ .

فاذا لم يعد الوفاء بنفع على الدائن ، بأن أضاع ما أخذ أو بدده أو صرفه في غير ما يقيد ، فان هذا الوفاء لا يبرىء ذمة المدين ، لأن الوفاء وقد حصل لناقص الأهلية يكون قابلاً للإبطال . فاذا أبطل ، اعتبر الوفاء كأن لم يكن وبقي الدين في ذمة المدين ، وليس هناك نفع عاد من الوفاء على ناقص الأهلية حتى يرجع الموفى به عليه (١) .

وللموفى ، إذا لم يستطع إثبات أن الوفاء قد عاد بالنفع على الدائن ناقص الأهلية ، وكان الشيء الذى دفعه لا يزال قائماً في يد الدائن ، أن يطالب ولي الدائن باجازة الوفاء أو برد ما دفعه للدائن (٢) .

٢٤ — الوفاء لنائب الدائن

١٥٤ — الوفاء لـ الولي أو الوصي أو القيم أو الوكيل عن الغائب :

فاذا كان الدائن قاصراً أو محجوراً ، فقد قدمنا أن الوفاء له شخصياً لا يكون صحيحاً ولا يبرىء ذمة المدين . وإنما يكون الوفاء في هذه الحالة لنائب الدائن ، وهو هنا الولي أو الوصي للقاصر ، والقيم للمحجور عليه لجنون أو عته أو غفلة أو سفه ، والوكيل للغائب المفقود .

والوفاء لأى من هؤلاء يعتبر وفاء صحيحاً مبرئاً للذمة ، لأن ولايتهم على ناقص الأهلية تشمل فيما تشمل قبض الحقوق ، والقبض يعتبر من أعمال الإدارة فليس في حاجة إلى إذن من المحكمة .

كذلك يجوز لأى من هؤلاء ، إذا لم يحصل الوفاء له مباشرة ، أن يميز الوفاء الصادر من الموفى ، كما لو وفى المدين الدين لناقص الأهلية نفسه ثم يميز النائب الوفاء على النحو الذى بسطناه فيما تقدم .

(١) بودرى وهارد ٢ فقرة ١٤٣٤ ص ٥٢٩ .

(٢) ديمولوب ٢٧ فقرة ١٩٩ — بودرى وهارد ٢ فقرة ١٤٣٥ — عكس ذلك :

لوران ١٧ فقرة ٥٤٢ — هيك ٨ فقرة ٣٦ .

٤١٦ - الوفاء للسريك وللحارس القضائي : والسنديك يعتبر

نائباً عن المفلس ، فله الصفة في قبض حقوق المفلس في ذمة الغير .

وكذلك الحارس القضائي ، بما له من حق في إدارة الأموال الموضوعة تحت حراسته ، له صفة في قبض حقوق الموضوع تحت الحراسة في ذمة الغير .

٤١٧ - الوفاء للرئيس الرأى عند استعمال الدعوى غير المباشرة :

ويجوز لدائن الدائن أن يستعمل حقوق الدائن عن طريق الدعوى غير المباشرة ، ويكون في هذه الحالة نائباً عن الدائن نيابة قانونية (م ٢٣٦ مدني) ، ويحق له بحكم هذه النيابة أن يقبض ما للدائن في ذمة المدين . على أن ما يقبضه لا يختص به وحده ، بل يتقاسمه مع سائر دائني الدائن قسمة غرماء ، وفقاً لقواعد الدعوى غير المباشرة (١) .

٤١٨ - الوفاء للمحضر : والمحضر الموكول إليه تنفيذ حكم أو سند

رسمي يعتبر نائباً عن الدائن في قبض الدين الذي يتفقد به . فما دام قد وكل صراحة في مباشرة إجراءات التنفيذ للحصول على هذا الدين ، فقد وكل توكيلاً ضمناً في قبض هذا الدين نيابة عن الدائن ، فان التنفيذ الجبري يقتضي قيام الصفة في قبض الدين (٢) .

٤١٩ - الوفاء لحساب جار باسم الرئيس في مصرف : ويجوز للنوف

أن يوفى الدين بدفعه لحساب الدائن في مصرف يكون له فيه حساب جار ، ويحظره بالإيداع ، على أن يتحمل الموفى تبعه الخطأ إذا هو أودع المبلغ خطأ في حساب جار لغير الدائن .

(١) وقد جاء في الموجز المؤلف : « وقد يطالب بالوفاء دائن الدائن ، إما باستعمال الدعوى غير المباشرة باسم الدائن ، أو بالحجز تحت يد المدين ، والطريقة الأخيرة هي الأكثر وقوعاً في الموهل » (الموجز فقرة ٥٣٧) .

(٢) أوبري ورد في فقرة ٣١٧ ص ٢٢٦ - ص ٢٢٧ وماش رقم ٦ - كذلك تسليم المحضر سنداً إنشياً أو كميالة لملل البروتستو يتضمن توكيلاً ضمناً للمحضر في قبض قيمة السند لو الكميالة من المدين (بودري وبارد ٢ فقرة ١٤٢٩ مكررة أولاً) .

٤٢٠ - الوفاء لوكيل المرائع : ويجوز الوفاء لوكيل الدائن ،

ويكون عادة وكيلًا في قبض الدين ، فيكون قبضه صحيحاً ومبرراً للذمة المدين . وقد تكون الوكالة عامة بالإدارة ، فتتضمن قبض الديون (١) . وقد تكون الوكالة خاصة ببيع أو إيجار ، فلا تتضمن حيا وكالة بقبض الثمن أو قبض الأجرة ، ولكنها تتضمن عادة ، وتبعاً للظروف ، وكالة في قبض المعجل من الثمن أو المعجل من الأجرة (٢) .

وعلى الموفى أن يثبت من صحة الوكالة ، فإذا دفع لغير وكيل ، أو لوكيل انتهت وكالته وكان ينبغي أن يعلم بانتهاء الوكالة (٣) ، فإن الوفاء لا يكون صحيحاً ولا يبرئ ذمة المدين . وللموفى أن يطلب من وكيل الدائن أن يبرز السند الذي يثبت هذه الوكالة . وقد جاء في المادة ٣٣٢ منى ، كما رأينا ، أنه « يعتبر ذا صفة في استيفاء الدين من يقدم للمدين مخالصة صادرة من الدائن ، إلا إذا كان متفقاً على أن الوفاء يكون للدائن شخصياً » . فوجود مخالصة بالدين صادرة من الدائن في يد وكيل الدائن قرينة على قيام الوكالة ، وذلك ما لم يكن متفقاً بين الدائن والمدين على أن الوفاء يكون للدائن شخصياً ، فلملدين في هذه الحالة ألا يبق بالدين إلا للدائن ، ولكنه إذا وفي لمن ييده المخالصة كان الوفاء صحيحاً مبرراً للذمة (٤) .

(١) أوبرى ورو ٤ فقرة ٣١٧ ص ٢٢٦ — بلانويل وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٥٥٠ وإذا كانت الوكالة بالقبض مفضة بيد الدائن ومصدقاً فيها على الإضاء ، كان الوفاء لهذا الوكيل مبرراً للذمة المدين ، ولا يمكن أن ينكر الدائن صحة صدور الوكالة منه دون أن يظن فيها بالتزوير (استئناف مخطط ٢٢ مايو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٣٢٥) .

(٢) دهرانتون ١٢ فقرة ٥١ — لاروميير ٤ م ١٢٣٩ فقرة ٧ — ديمولوب ٢٧ فقرة ١٤٨ — فقرة ١٥٢ — بودى وبارد ٢ فقرة ١٤٤٢ .

(٣) بودى وبارد ٢ فقرة ١٤٣٨ .

(٤) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتى : « الأصل أن الدائن هو ذو الصفة في استيفاء الدين ، وله أن ينهب عنه وكيلًا في ذلك ، يمكن فيه التضييع بتوكيل عام . ويجوز على الوكيل في مثل هذه الحالة أن يقدم الدليل على صفة وفقاً للأحكام للطلبة في الوكالة . على أن المشروع قد جعل من التقدم بمخالصة صادرة من الدائن قرينة كافية في ثبوت صفة استيفاء الدين لمن يحمل تلك المخالصة ، ما لم تنف دلالة هذه القرينة بالاتفاق على »

هذا وللدائن أن يعزل الوكيل بالقبض عن الوكالة بشرط أن يخطر المدين بذلك، فلا يكون الوفاء للوكيل المعزول صحيحاً طبقاً للقواعد المقررة في الوكالة. ولكن يجوز أن تكون الوكالة بالقبض متفقاً عليها بين المدين والدائن في العقد المنشئ للدين، فلا يجوز عزل الوكيل في هذه الحالة إلا باتفاق جديد بين المدين والدائن، ما لم يثبت الدائن ألا مصلحة للمدين في الوكالة فعند ذلك يجوز له عزله وحده وإلزام المدين أن يوفى الدين له هو شخصياً أو لوكيل غير الوكيل الأول. وقد يكون الوكيل المعين بالاتفاق بين المدين والدائن له هو نفسه مصلحة في الوكالة، كأن يكون دائناً للدائن ويرى من وراء قبض الدين أن يستوفي حقه، فعند ذلك لا يجوز عزله ولو باتفاق بين المدين والدائن (١).

المطلب الثاني

الموفى له غير الدائن

٤٢١ — النصوص القانونية: تنص المادة ٣٣٣ من التقنين المدني

على ما يأتي :

« إذا كان الوفاء لشخص غير الدائن أو نائبه، فلا تبرأ ذمة المدين إلا إذا

سوجب الوفاء لدائن شخصياً. فإذا اتفق على ذلك، كان للمدين أن يرفض الوفاء لمن يتقدم له بالمخالصة الصادرة من الدائن حتى يستوثق من ثبوت صفته في استيفاء الدين » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٩٣).

وكثيراً ما يعطى المالك البواب مخالصات بالأجرة، فيتقدم البواب بها إلى السكان، وتكون له بذلك صفة في قبض الأجرة (الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ٢٤٥ ص ٣٣٤). وقد قضت محكمة الأزبكية بأن البواب الذي يمينه المالك، ويكلفه بتحصيل الأجرة من السكان يعتبر خادماً عند المالك، فتبرأ ذمة السكان بدفع الأجرة له (٣ مايو سنة ١٩٢٣ المحاماة ٤ رقم ١٩٠ ص ٢٦٠).

أنظر في التمييز بين الوكيل بالقبض وعامل التنفيذ (agent d'exécution) ذي باج ٣ فقرة ٤٢٤ ص ٤٠٣ — ٤٠٤.

(١) أوبري ورد ٤ فقرة ٣١٧ ص ٢٢٨ — بودوي وبارد ٢ فقرة ١٤٤٣ ص ١١٠ — ذي باج ٣ فقرة ٤٢٧.

أقر الدائن هذا الوفاء ، أو عادت عليه منفعة منه ويقدر هذه المنفعة ، أو تم الوفاء بحسن نية لشخص كان الدين في حيازته (١) .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكن الحكم كان معمولاً به دون نص .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٣٣١ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٢٠ - وفي التقنين المدني العراقي المادة ٣٨٤ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٢/٢٩٣ (٢) .

ويخلص من هذا النص أن الوفاء لغير الدائن أو نائبه لا يكون صحيحاً ولا يبرئ ذمة المدين ، إلا أنه مع ذلك يكون صحيحاً استثناءً ويبرئ ذمة المدين في أحوال ثلاثة ذكرها النص ، ونضيف إليها حالة رابعة وردت في تقنين المرافعات . وهذه الأحوال الأربع هي :

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٤٦٩ من المشروع التمهيدى عل وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٤٥ من المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٣٣٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٩٥ - ص ١٩٧) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٣٣١ (مطابقة للمادة ٣٣٣ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٣٢٠ (مطابقة للمادة ٣٣٣ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٣٨٤ : إذا كان الوفاء لشخص غير الدائن أو نائبه ، فلا تبرأ ذمة المدين إلا إذا أقر الدائن هذا الوفاء ، أو تم الوفاء بحسن نية لشخص كان الدين له ظاهراً كالوارث الظاهر . (والحكم يتفق مع حكم التقنين المصري . وقد أغفل التقنين العراقي ذكر صحة الوفاء إذا عادت منفعة على الدائن ويقدر هذه المنفعة ، لأنه لا يمتدّ بالفصل ، ولكن يمكن تطبيق قواعد الإثراء بلا سبب في هذه الحالة ، وهي قواعد أقرها التقنين العراقي - قارن الأستاذ حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ٢٨٨ وانظر فقرة ٢٨٩) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٢/٢٩٣ : عل أن التنفيذ لشخص غير ذي صلاحية

لا يبرئ ذمة المدين إلا في الأحوال الآتية : أولاً - إذا وافق الدائن . ثانياً - إذا استفاد الدائن من التنفيذ غير الصحيح ، وتكون براءة المدين بقدر استفادة الدائن . ثالثاً - إذا جرى الإيفاء بنية حسنة لشخص عد حائزاً صفة الدائن كالوارث الظاهر . (وتتفق هذه الأحكام مع أحكام التقنين المصري) .

(أولاً) إذا أقر الدائن الوفاء .

(ثانياً) إذا عادت على الدائن منفعة من الوفاء ، ويقدر هذه المنفعة .

(ثالثاً) إذا تم الوفاء للدائن الظاهر .

(رابعاً) إذا تم الوفاء لدائن الدائن الحاجز تحت يد المدين . وهنا لا يتقدم دائن الدائن بصفته نائباً عن الدائن كما يفعل في الدعوى غير المباشرة ، بل يباشر حقاً شخصياً له هو حق الحجز تحت يد الغير .

٤٢٢ - إقرار الرأى للوفاء : قد يوفى المدين الدين لغير الدائن

أو نائبه ، كأن يوفيه لوكيل انتهت وكالته أو عزل عن الوكالة وكان ينبغي على المدين أن يعلم ذلك ، ففي هذه الحالة لا يكون الوفاء صحيحاً ولا يبرئ ذمة المدين ، كما سبق القول . ومع ذلك إذا أقر الدائن الوفاء ، فإن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة ، ويصبح الوفاء صحيحاً مبرئاً للذمة المدين (١) .

وإقرار الدائن للوفاء في هذه الحالة له أثر رجعى ، فيعتبر الوفاء صحيحاً من وقت أن تم لا من وقت الإقرار فحسب . والمكلف باثبات صدور الإقرار من الدائن هو المدين أو الموق ، فعليه أن يثبت أن الدائن قد أقر الوفاء وفقاً لقواعد الإثبات المقررة في التصرفات الصادرة من جانب واحد (٢) .

٤٢٣ - منفعة تعود على الرأى من الوفاء : وقد يوفى المدين الدين

لغير الدائن ، ولا يقر الدائن هذا الوفاء . فعند ذلك ينظر إلى عمل الموق له ، فإن توافرت فيه شروط الفضالة ، بأن كان قد قبض الدين عن الدائن لإسداء

(١) استئناف مصر ٦ يناير سنة ١٩٤٧ المجموعة الرسمية ٤٨ رقم ٢١١ - ذلك أن الوفاء وهو تصرف قانوني ، قبل إقرار الدائن ، لا يسرى في حقه ، فهو موقوف على الإجازة . وإذا أجاز سرى في حق الدائن ، وانقلب من قبض الدين وكيلاً بالإقرار . وقد جاء في المذكرة الإنشائية للشروع التمهيدى في هذا الصدد : « ويكون من أثر هذا الإقرار أن ينقلب الغير وكيلاً بعد أن بدأ قضولياً ، ويتمين عليه تفريعاً لذلك أن يقدم حساباً لدائن » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٩٦) . قارن بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٤٤ .

(٢) قارن بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٤٤ .

خلمة له عاجلة ، ثم أدى الدين له بعد ذلك ، فإن الوفاء يكون صحيحاً في هذه الحالة ، لأن الفضولي يعتبر نائباً عن الدائن ، فالوفاء هنا يكون لتائب الدائن وهو صحيح كما تقدم القول .

ولكن قد لا تتوافر شروط الفضالة في عمل الموفى له ، بأن يكون قبض الدين ليس عملاً عاجلاً ، فمئذ ذلك لا يكون الوفاء صحيحاً ، إلا إذا عادت منفعة على الدائن من هذا الوفاء بقدر هذه المنفعة . ويمكن تصور منفعة تعود على الدائن من مثل هذا الوفاء إذا كان الموفى له أدى الدين فعلاً للدائن ، فيكون الدائن قد قبض حقه كاملاً ، ولا تعود له مصلحة من التمسك بإبطال الوفاء ، فيقلب الوفاء صحيحاً ويبرئ ذمة المدين . كذلك لو كان الموفى له دائناً للدائن وقد قبض الدين استيفاء لحقه في ذمة الدائن ، وكان هذا الحق واجب الوفاء فوراً ومقديماً على غيره من ديون الدائن ، أو أدى الموفى له بما استوفاه ديناً على الدائن تتوافر فيه هذه الشروط ، فهنا عادت منفعة على الدائن من الوفاء وذلك بسداد دين في ذمته واجب السداد فوراً ، فتبرأ ذمة المدين بقدر هذه المنفعة . ذلك أن الدائن إذا رجع على المدين بالدين ، فإن المدين يرجع على الموفى له ، والموفى له يرجع على الدائن بقدر ما عاد عليه من المنفعة ، فلا محل لهذه السلسلة من الرجوع ، ويكون الوفاء في هذه الحالة صحيحاً مبرئاً للذمة المدير بقدر ما عاد على الدائن من المنفعة (١) .

٤٢٤ — الوفاء للراضى الظاهر* : قد يوفى المدين الدين للدائن ظاهر

ليس هو الدائن الحقيقي ولا نائبه . والدائن الظاهر هو الذي لا يملك الدين حقيقة ، ولكن الدين يوجد في حيازته . ذلك أن الحيازة ، كما تشمل الأشياء المادية ، تشمل الحقوق المعنوية ، فتقع على الحقوق العينية غير حق الملكية ، وكذلك تقع على الديون .

(١) المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد ٣ ص ١٩٦ .

* مراجع : جونسكو (Jonesco) في الآثار القانونية للأوضاع الظاهرة رسالة من ستراسبورج سنة ١٩٢٧ — الدكتور عبد الباسط جيمي في نظرية الأوضاع الظاهرة رسالة من القاهرة سنة ١٩٥٦ (غير مطبوعة) .

ويمكن أن تنصور وجود الدائن الظاهر في فروض مختلفة . من ذلك أن يحول الدائن حقه ، ثم يتضح بعد ذلك أن الحوالة باطلة أو قابلة للأبطال أو الفسخ ، فتبطل أو تفسخ ، ويتبين بذلك أن المحال له لم يكن في يوم من الأيام مالكا للحق المحال به ولكنه مع ذلك كان يحوزه ، فهو دائن ظاهر (١). كذلك إذا فرضنا أن الحوالة صورية واعتقد المدين أنها حوالة جدية ، فالمحال له الصوري يعتبر هنا أيضا دائنا ظاهرا (٢). ويكون دائنا ظاهرا الشخص الذي وصل إلى حيازته دون حق سند لحامله ، فان مجرد حمل هذا السند يجعل المحال يظهر بمظهر المالك له فهو دائن ظاهر (٣). ويعتبر دائنا ظاهرا الوارث الظاهر

(١) ويكون المحال له في هذه الحالة دائنا ظاهرا حتى لو لم يكن قد قام بالإجراءات اللازمة لجعل الحوالة نافذة في حق المدين ، فإدام المدين وهو حسن النية قد وفاه المدين ، فإن الوفاء يكون صحيحا مبرئا للذمة ، حتى بعد إبطال الحوالة أو فسختها . ولكن إذا حول الدائن الحق حوالة ثانية وكانت الحوالة صحيحة ، وأعلن المحال له الثاني الحوالة للمدين ، فإن الوفاء الحاصل للمحال له الأول حتى لو كان سابقا على لإعلان لا يسرى في حق المحال له الثاني . ويستوفى المحال له الثاني الدين من المدين ، ويرجع للمدين على المحال له الأول لاسترداد ما دفعه له دون حق (بودى وبارد ٢ فقرة ١٤٤٧) . كذلك إذا قبض الدائن الدين من المدين ، بعد أن حوله وقيل أن يعلن المحال له الحوالة ، كان الوفاء هنا للدائن الحقيقي لا للدائن الظاهر ، ويرجع المحال له على الدائن بدعى الضمان (دى باج ٣ فقرة ٤٣٢) .

(٢) أما إذا كانت الحوالة مزورة ، فحامل هذه الحوالة لا يعتبر دائنا ظاهرا . ذلك إنه بما يكون محل اعتبار في الدائن الظاهر أن يكون موقف الدائن الحقيقي متطوفا على غوه من التصدير يؤدي إلى ترك الدائن الظاهر يستول على حيازته حقه . وهنا لا يمكن أن ينسب أى إهمال للدائن الحقيقي إذا زور شخص عليه حوالة مسطنة (بودى وبارد ٢ فقرة ١٤٤٧ مكررة - دى باج ٣ فقرة ٤٣٢) .

(٣) بودى وبارد ٢ فقرة ١٤٤٦ ص ٥٤٠ - كذلك من أدرج اسمه من الدائنين في توزيع وأصبح في يده أمر صرف واجب التنفيذ ، ولم يكن دائنا حقيقيا ، يعتبر دائنا ظاهرا ، فإذا وفاه الراسى عليه المزايد كان الوفاء صحيحا مبرئا للذمة (بونسار في أنيكلويدى دالوز ٣ لفظ paiement فقرة ٧٦) - وحامل الكيالة ، إذا لم يكن هو الدائن الحقيقي ، يكون الدائن الظاهر . ومادام المدين لم يرتكب تقصيرا ووفاه قيمة الكيالة بحسن نية ، فإن الوفاء يكون صحيحا مبرئا للذمة . وقد نصت المادة ١٤٤ من الترتين التجارى على أن « من يدفع قيمة الكيالة في مهاد استحقاق دفعها ، بدون معارضة من أحد في ذلك ، يعتبر دفعه صحيحا » (انظر المادة ١٤٥ من الترتين التجارى الفرنسى ، وانظر أوبرى ودو ٤ فقرة ٣١٧ ص ٢٢٩ - ص ٢٣٠ - بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٤٨٨) .

فاذا آلت التركة إلى شخص ، ولم يكن هو الوارث الحقيقي بل كان هناك مثلاً وارث يحجبه ، فإن الوارث الظاهر يعتبر دائئاً ظاهراً بجميع ما للتركة من حقوق في ذمة الغير . وإذا أوصى شخص بدين له في ذمة آخر ، ووضع الموصى له يده على هذا الدين بعد موت الموصى ، ثم أبطلت الوصية لسبب ما ، فإن الموصى له يكون دائئاً ظاهراً بالدين الموصى به (١). وإذا دفعت الإدارة تعويضاً عن نزع الملكية إلى حائز العقار باعتبار أنه المالك ، ولم يكن في الحقيقة مالكا ، فقد أوفت بالدين إلى الدائن الظاهر (٢). وقد يعتبر المستحق في وقف دائئاً ظاهراً ، فإذا وزعت وزارة الأوقاف ريع وقف معين على المستحقين كل بحسب الحصة التي قررهما مفتيها دون أن يصدر أى اعتراض من أصحاب الشأن ، ثم تبين بعد ذلك بحكم شرعى نهائى أن حصة أحد المستحقين تزيد عما كان يتناوله ، لم يجوز له أن يرجع على الوزارة بقيمة الفرق ، لأن هذه القيمة دفعت إلى مستحق آخر كان قبل الحكم الشرعى هو الدائن الظاهر (٣).

وزى من ذلك أن الدائن الظاهر هو الشخص الذى لا يكون دائئاً حقيقياً ، ولكن الدين موجود فى حيازته بحيث يقع فى روع الناس أنه هو الدائن الحقيقى. فهذا المظهر ، وإن كان يتعارض مع الحقيقة ، قد اطمأنت إليه الناس ، فوجبت حماية من يتعامل بحسن نية على مقتضاه حتى يستقر التعامل (٤). وليس من الضرورى أن يكون الدائن الظاهر هو نفسه حسن النية ، أى يعتقد أنه الدائن الحقيقى ، وإذا كان يغلب فعلاً أن يكون حسن النية ، إلا أنه يبقى

(١) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٤٨ - دى باج ٢ فقرة ٤٢٢ .

(٢) استئناف مختلط ٢٣ يونيه سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٣٨٣ .

(٣) استئناف مصر ١١ مارس سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ رقم ٤٧٦ ص ٧٨١ - والتون ٢

ص ٤٦٣ - الموجز المؤلف ص ٥٥٨ هامش ٢ .

(٤) ويقول الدكتور عبد الباسط جيمى : « إن مناط تحقق صفة الدائن الظاهر ينحصر فى قيام مظهر له من الجسامة ما يكتفى لتكوين الاعتقاد لدى المدين اليقظ بأن صاحب ذلك المظهر هو الدائن الحقيقى . أو بعبارة أخرى فى انتفاء الخطأ من المدين اليقظ فى اعتقاده هذا ، لوجود ظروف يتولد من اجتماعها ذلك المظهر الجسيم » (نظرية الأوضاع الظاهرة ص ٣٠٢ وانظر أيضاً ص ٢٩٥) - ولذلك يبنى صحة الوفاء الدائن الظاهر حل نظرية المظهر أو الأوضاع الظاهرة (ص ٣٠٧ - ص ٣٠٨) .

دائماً ظاهراً حتى لو أصبح سيء النية بعد أن كشف حقيقة أمره ، بل حتى لو كان سيء النية منذ البداية أى منذ وضع يده على الدين . ذلك أن القانون لا يحصى الدائن الظاهر نفسه ، بل هو يحصى الذين تعاملوا معه ما داموا هم حسنى النية (١) .

ويتبين مما تقدم أن الوفاء للدائن الظاهر ، حتى يكون صحيحاً ، يجب أن يقترن بحسن نية الموفى (٢) . فمن وفى الدين ، سواء كان المدين أو الغير (٣) ، للدائن ظاهر ، واعتقد بحسن نية أنه هو الدائن الحقيقي وقد وفاه الدين على هذا الاعتبار ، برئت ذمته بهذا الوفاء (٤) . ويرجع الدائن الحقيقي على الدائن الظاهر بما استفادته هذا من الدين دون حق طبقاً لقواعد الإثراء بلا سبب (٥) ، بل يستطيع الدائن الحقيقي أن يرجع بتعويض على الدائن الظاهر إذا كان هذا سيء النية وقت استيفاء الدين (٦) .

-
- (١) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٤٩ - دى باج ٣ فقرة ٤٣٢ ص ٤١٤ - ص ٤١٥ .
 (٢) وإذا كان الموفى هو نائب المدين ، وجب توافر حسن النية في كل من المدين ونائبه (الدكتور عبد الباسط جسيى في نظرية الأوضاع الظاهرة ص ٢٨٩) . وحسن نية الموفى وكون الدين في حيازة الدائن الظاهر من المسائل الموضوعية ، يبت فيها قاضى الموضوع دون تعقيب عليه من محكمة النقض (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٤١) .
 (٣) وسواء كان الغير ملتزماً بالدين أو غير ملتزم به ، وسواء كان الوفاء بسيطاً أو كان وفاء مع الحلول (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٥٢)
 (٤) نقض مدنى ٥ مارس سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٩٢ ص ٥٩٦ - استئناف مخطط ٣٠ نوفمبر سنة ١٩١١ م ٢٤ ص ٢٣ - ١٥ مايو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٨١ .
 (٥) قارن الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ١٣ .
 (٦) المذكرة الإيضاحية المشروع التهديى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٩٦ - الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ٢٤٦ ص ٣٣٥ - هذا وقد قضت محكمة النقض بأن من صدر عليه حكم نهائى يدفع ثمن عقار إلى شخص معين ، وأوى بهذا الثمن بعد صدور الحكم للمحكوم له ، فقد برئت ذمته ، لأنه لا يستطيع عدم الوفاء لهذا الشخص المعين بعد صدور هذا الحكم . ولا يمكن الادعاء ببطالان هذا الوفاء لانقضاء حسن نيته فيه بطله وجود منازع آخر ينازع في هذا العقار ويدعى ملكه لنفسه ، خصوصاً إذا كان هذا المنازع قد حاول الدخول في الدعوى فنتته المحكمة بناء على طلب من صدر له الحكم النهائى (نقض مدنى ١٤ يونيو سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ١٩٧ ص ٤٣٨) . وقضت محكمة استئناف أسيوط بأن قيام المستأجر بالوفاء إلى من صدر الحكم الاستثنائى لصالحهم صحيح رغم اختصامه في الطعن بالنقض ، لأن هذا الطعن لا يوقف =

والذى يكون صحيحاً مبرئاً للذمة هو الوفاء للدائن الظاهر ، للاعتبارات العملية التى تقدم ذكرها . أما غير الوفاء من أسباب انقضاء الالتزام فلا يكون صحيحاً إذا صدر من الدائن الظاهر . ومن ثم إذا أبرأ الدائن الظاهر المدين من الدين ، أو اتفق معه على تجديده ، فإن كلا من الإبراء والتجديد لا يكون صحيحاً ، ولا يسرى فى حق الدائن الحقيقى (١) .

٤٢٥ — الوفاء لرئيس الدائن الحاجز تحت يد المدين : لا يعيننا من

موضوع حجز ما للمدين لدى الغير — وهو من مباحث المرافعات — إلا القدر الذى نبين به متى يكون الوفاء للدائن الحاجز تحت يد المدين وفاء صحيحاً مبرئاً للذمة . ذلك أنه يجوز للدائن الدائن أن يحجز تحت يد المدين ، فيمنع المدين بذلك من أن يوفى الدين للدائن ، بل ويجبره بعد لإجراءات معينة على أن يوفى الدين له هو ويكون هذا الوفاء صحيحاً مبرئاً للذمة المدين .

فيجوز إذن للدائن الدائن بدين محقق الوجود حال الأداء أن يحجز تحت يد مدين الدائن ، سواء كان بيد دائن الدائن سند تنفيذى أو لم يكن بيده هذا السند . فإذا لم يكن بيده سند تنفيذى ، أو كان دينه غير معين المقدار ، وجب أن يحصل على أمر بالحجز من قاضى الأمور الوقفية بالمحكمة التابع لها الدائن المحجوز عليه ، ويقدر أمر الحجز دين الحاجز تقديراً مؤقتاً (أنظر المادتين ٥٤٣ و ٥٤٥ من تقنين المرافعات) .

ومنذ يوقع الحجز تحت يد مدين الدائن على النحو المتقدم الذكر ، لا يستطيع هذا المدين أن يوفى الدين للدائن أو نائبه (٢) ، ولكنه يستطيع الوفاء بالإبداع

— نفاذ الحكم الاستثنائى (استئناف أسبوط ١٣ مايو سنة ١٩٤٨ المجموعة الرسمية ٤٩ رقم ٢٢٦) — وقد يكون المالك الظاهر دائناً ظاهراً بحكم ملكيته الظاهرة ، كالحائز للمين المؤجرة يقبض أجرها ، ولا يشترط فى هذه الحالة أن تكون الحيازة مستوفية للشروط اللازمة لتقديم (بلانيول وريير وردوان ٧ فقرة ١١٥٦ ص ٥٥٧ — ص ٥٥٨ .

(١) هيك ٨ فقرة ٢٥ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٥٠ — عكس ذلك بالنسبة إلى التجديد :

ديملوب ٢٨ فقرة ١٨٨ .

(٢) وإذا وفى الدائن أو نائبه ، كان الوفاء باطلاً ، ولم تبرا ذمته من الدين . ويكون للدائن الحاجز أن يستوفى الدين مرة أخرى من المدين ، وتبقى الضمانات التى تكفل الدين من ومن أو امتياز أو غير ذلك (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٥٣ ص ٥٤٥) .

في خزانة المحكمة التي يتبعها (١) (م ٢/٥٥٥ مرافعات) .

فإذا لم يودع المدين المحجوز لديه ما في ذمته في خزانة المحكمة ، وجب عليه خلال خمسة عشر يوماً من إعلانه بالحجز التقرير بما في ذمته للدائن في قلم كتاب المحكمة التي يتبعها (٢) (م ٥٤٨ مرافعات) .

وفي الأحوال التي يكون فيها الحجز بأمر من قاضي الأمور الوقفية - أي إذا لم يكن بيد الحاجز سند تنفيذي أو كان حقه غير معين المقدار - يجب أن تشتمل ورقة إبلاغ الحجز أو إعلانه إلى المحجوز عليه على تكليفه الحضور أمام المحكمة التي يتبعها لسماع الحكم عليه بثبوت الدين المحجوز من أجله وصحة إجراءات الحجز ، وإلا اعتبر الحجز كأن لم يكن (م ١/٥٥٣ مرافعات) .

ومتى كان لدى دائن الدائن سند تنفيذي ، أو حصل على هذا السند عقب الحكم بصحة الحجز ، فإن المدين المحجوز لديه يجب عليه أن يوفى الدين ، لا إلى دائته المحجوز عليه ، بل إلى دائن الدائن المحجوز (٣) . وتنص المادة ٥٦٧ مرافعات في هذا الصدد على ما يأتي : « يجب على المحجوز لديه بعد خمسة عشر يوماً من تاريخ تقريره أن يدفع إلى الحاجز المبلغ الذي أقر به أو ما يفي منه بحق الحاجز ، وذلك متى كان حقه وقت الدفع ثابتاً بسند تنفيذي وكانت الإجراءات

(١) وقد سكن المدين من الوفاء بطريق الإيداع ، في خزانة المحكمة ، لاحتمال أن تكون له مصلحة في ذلك ، بأن يكون الدين قد حل ويبره الوفاء به حتى يتخلص من الفوائد ، وهو لا يستطيع الوفاء به لدائن بسبب الحجز ، ولا لدائن الدائن لأن إجراءات التقرير بما في الذمة لم تصوف ولا حتمال ألا يكون دائن الدائن قد حصل بعد حل سنده تنفيذي بحقه (أنظر بلاكبول وديير وردوان ٧ فقرة ١٢١٥ ص ٦٢٠ - ص ٦٢١) .

(٢) ويذكر في التقرير مقدار الدين الذي في ذمته لدائن المحجوز عليه وسببه وأسباب انقضاءه إن كان قد انقضى ، ويبين جميع المحجوز الموقفة تحت يده ، ويودع الأوراق المؤيدة لتقريره أو صوراً منها مصفاً عليها (م ١/٥٦١ مرافعات) . هذا والحجز تحت يد مدين الدائن يتناول كل دين ينشأ لدائن المحجوز عليه في ذمة المدين المحجوز لديه إلى وقت التقرير بما في ذمته ، ما لم يكن الحجز موقفاً حل دين يبيته فقط (م ٥٦٣ مرافعات) .

(٣) فإذا دفع إلى دائته ، لم يستطع أن يسترد منه ما دفعه بدعوى استرداد غير المستحق ، لأن دائته لا يزال دائناً بالرغم من الحجز ، وقد قبض المستحق . ولكن عندما يجبر المدين حل الدفع ثانية إلى دائن الدائن ، فإنه يكون قد أبرأ بهذا الدفع ذمته دائته نحو دائن دائته ، فيستطيع مثلاً أن يرجع حل دائته بدعوى الإثراء بلا سبب (دى باج ٣ فقرة ٤٤٣) .

المنصوص عليها في المادة ٤٧٤ قد روعيت . فاذا وقع حجز جديد بعد انقضاء الميعاد المذكور ، فلا يكون له أثر إلا فيما زاد على دين الحاجز الأول . وإذا تعدد الحاجزون مع عدم كفاية المبلغ لوفاء حقوقهم جميعاً ، وجب على المحجوز لديه إيداعه خزانة المحكمة لتقسيمه .

على أن الدائن يستطيع ، دون أن ينتظر الانتهاء من إجراءات الحجز الطويلة ، إذا كان الحق الذي له في ذمة مدينه أكبر من الحق الذي في ذمة لدائنه الحاجز ، أن يخصص لذمة الدائن الحاجز مبلغاً مساوياً لحقه ، فيتمكن بذلك أن يستوفي الباقي من مدينه . وقد رسم تقنين المرافعات طريقين لذلك . فنص في المادة ٥٥٩ على أنه « إذا أودع في خزانة المحكمة مبلغ مساوٍ للدين المحجوز من أجله وخصص للوفاء بمطلوب الحاجز عند الإقرار له به أو الحكم له بثبوته ، زال قيد الحجز عن المحجوز لديه . وإذا وقعت حجوز جديدة على المبلغ المودع ، فلا يكون لها أثر في حق الحاجز » . ثم نص في المادة ٥٦٠ على أنه « يجوز للمحجوز عليه أيضاً أن يطلب من قاضي الأمور المستعجلة ، في أية حالة تكون عليها الإجراءات ، تقرير مبلغ يودعه خزانة المحكمة على ذمة الوفاء للحاجز . وينتهي أثر الحجز بالنسبة إلى المحجوز لديه من وقت تنفيذ هذا الحكم بالإيداع ، ويصبح المبلغ المودع مخصصاً للوفاء بمطلوب الحاجز عند الإقرار له به أو الحكم له بثبوته » . والنص الأخير مستحدث في تقنين المرافعات الجديد ، وقد أخذ عن تشريع فرنسي في هذا المعنى صادر في ١٧ من يولييه سنة ١٩٠٧ معدلاً للمادة ٥٦٧ من تقنين المرافعات الفرنسي . وهو يعالج حالة ما إذا امتنع المدين المحجوز لديه عن إيداع مبلغ مساوٍ للدين المحجوز من أجله في خزانة المحكمة وفقاً للمادة ٥٥٩ مرافعات ، معطلاً بذلك حق الدائن المحجوز عليه من استيفاء الباقي له في ذمة مدينه بعد استئزال الدين المحجوز من أجله ، فيتمكن الدائن المحجوز عليه من إجبار مدينه على هذا الإيداع من طريق الالتجاء إلى قاضي الأمور المستعجلة (١) .

(١) أما إذا لم يودع خزانة المحكمة مبلغ مساوٍ للدين المحجوز من أجله ، من أحد الطرفين المتقدم ذكرهما ، فإن جميع الدين المحجوز عليه تحت يد المدين يبقى معطلاً لا يستطيع الدائن المحجوز عليه أن يستوفي منه شيئاً ، مهما كانت قيمته أكبر من قيمة الدين المحجوز من أجله . =

فاذا لم يخصص مبلغ مساو للدين المحجوز من أجله للوفاء بمطلوب الدائن الحاجز ، بقى كل الدين محجوزاً تحت يد المدين المحجوز لديه . والذين يفيدون من هذا الحجز هم دائنو الدائن الذين وقعوا الحجز تحت يد مدين الدائن . فاذا تصرف الدائن فيما بقى من حقه بعد استئصال المطلوب لمؤلاء ، فقد تصرفه فى حق دائنيه الآخرين إذا جاء حجزهم لاحقاً لتنفاذ هذا التصرف (١) . أما الدائنون المحجزون قبل نفاذ التصرف فيتعادلون فيما بينهم ، ولا يتقدم واحد منهم على الآخرين حتى لو كان حجزه هو المتقدم (٢) .

والحكم بصحة الحجز هو وحده الذى يخصص للحاجز حقه ، ونقدمه على سائر المحجزين الذين لم يوقعوا حجوزهم إلا بعد إعلان الحكم بصحة الحجز إلى المدين (٣) .

المبحث الثانى

الوفاء بأرادة الموفى وحده

(الرض الحقيق والإيداع)

٤٢٦ — متى يجوز للمدين العرضى الحقيقى والإيداع — النصوى

القانونية : تنص المادة ٣٣٤ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« إذا رفض الدائن دون مبرر قبول الوفاء المعروض عليه عرضاً صحيحاً ،

— ذلك أن مجرد الحجز على الدين تحت يد المدين لا ينتقل الدين إلى دائن الدائن الحاجز ، بل لا يجعل لهذا الدائن أى امتياز عليه ، فيستطيع سائر دائنى الدائن المحجوز عليه أن يشاركوه شركة الفرءاء . فالـم يخصص جزء من الدين المحجوز عليه للوفاء بمطلوب دائن الدائن الحاجز ، وجب أن يبقـى كل الدين للوفاء بمطلوبه وبمطلوب من يشاركه من الدائنين الآخرين (بودرى وبارود ٢ فقرة ١٤٥٥ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢١٦) .

(١) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢١٦ ص ٦٢٢ — ص ٦٢٣ .

(٢) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢١٧ .

(٣) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢١٨ .

أو رفض القيام بالأعمال التي لا يتم الوفاء بدونها ، أو أعلن أنه لن يقبل الوفاء ، اعتبر أنه قد تم إعداره من الوقت الذي يسجل المدين عليه هذا الرفض بإعلان رسمي .

وتنص المادة ٣٣٨ على ما يأتي :

« يكون الإيداع أو ما يقوم مقامه من إجراء جائزاً أيضاً إذا كان المدين يجهل شخصية الدائن أو موطنه ، أو كان الدائن عديم الأهلية أو ناقصها ولم يكن له نائب يقبل عنه الوفاء ، أو كان الدين متنازعا عليه بين عدة أشخاص ، أو كانت هناك أسباب جديدة أخرى تبرر هذا الإجراء » (١).

ولا مقابل لهذه النصوص في التقنين المدني السابق ، ولكن هذه الأحكام كان معمولاً بها دون نص .

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادتين ٣٣٢ و ٣٣٦ — وفي التقنين المدني الليبي المادتين ٣٢١ و ٣٢٥ — وفي التقنين المدني العراقي المادتين ٣٨٥ و ٣٨٨ — وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ١/٢٩٤ (٢).

(١) تاريخ النصوص :

م ٣٣٤ : ورد هذا النص في المادة ٤٧٠ من المشروع التمهيدى حل وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدى كان يقتصر في تسجيل رفض الدائن حل الكتابة دون ضرورة. لإعلان رسمي . وفي لجنة المراجعة أقر نص المشروع التمهيدى تحت رقم ٢٤٦ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ استبدلت عبارة « بإعلان رسمي » بكلمة « بالكتابة » حسب المنازعات ، وأصبحت المادة رقمها ٣٣٤ ، ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٩٧ - ص ١٩٩).

م ٣٣٨ : ورد هذا النص في المادة ٤٧٤ من المشروع التمهيدى حل وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٥٠ في المشروع النهائي . م وافق عليه مجلس النواب ، لمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٣٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٠٥ - ص ٢٠٦) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٣٣٢ و ٣٣٦ (مطابقان لمادتين ٣٣٤ و ٣٣٨ من التقنين المدني المصري) .

ويخلص من هذه النصوص أن المدين الوفاء بإرادته المنفردة عن طريق عرض الدين عرضاً حقيقياً على الدائن ثم إيداعه بعد ذلك ، أو عن طريق إيداعه مباشرة دون عرض ، في الحالتين الآتيتين : (١) إذا رفض الدائن دون مبرر قبول الوفاء أو قام بعمل يعدل هذا الرفض ، وهنا يجب العرض أولاً فإذا رفضه الدائن وجب الإيداع . (٢) إذا تعذر على المدين الوفاء للدائن لسبب جدي ، وهنا لا محل للعرض الحقيقي بل يتم الإيداع مباشرة دون عرض .

٤٢٧ - رفض الرائي قبول الوفاء : يجحد المدين نفسه مضطراً

إلى الوفاء بدينه بإرادته المنفردة ، وذلك باتخاذ إجراءات العرض والإيداع ، إذا هو اصطدم برفض الدائن لاستيفاء دينه دون مبرر ، أو إذا قام الدائن بعمل مماثل لهذا الرفض .

والدائن يرفض استيفاء الدين إذا هو اعتقد أن المدين لا يوفيه له كاملاً أو لا يوفيه له وفاء صحيحاً أو نحو ذلك ويعتقد المدين أنه يقوم بوفاء صحيح ، فأمام هذا الخلاف لا يجحد المدين بدءاً من عرض الدين وإيداعه . وقد يكون الدائن

— التقنين المدني الليبي م ٣٢١ و ٣٢٥ (مطابقان للمادتين ٣٢٤ و ٣٢٨ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٣٨٥ : ١ - إذا رفض الدائن دون مبرر قبول الوفاء المعروض عليه عرضاً صحيحاً ، أو رفض القيام بالأعمال التي لا يتم إيفاء بدونها ، أو إذا أعلن أنه لن يقبل الوفاء ، فيجوز للمدين أن ينذر الدائن بوجوب استيفاء حقه في مدة مناسبة يحددها الإحذار . ٢ - ولا يتم إحذار الدائن إلا إذا أودع المدين الشيء على ذمة الدائن بعد انقضاء هذه المدة وأنفذه بهذا الإيداع . (ويختلف هذا النص في الحكم عن نص التقنين المصري في أن إحذاره الدائن وما يترتب عليه من النتائج لا يتم في التقنين العراقي إلا بعد الإيداع ، أما في التقنين المصري فيتم بمجرد تسجيل رفض الدائن قبول الوفاء بإعلان رسمي ولو قبل العرض الحقيقي والإيداع : انظر الأستاذ حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ٢٠٢ - فقر ٢٠٦) . م ٣٨٦ (مطابقة المادة ٣٢٨ من التقنين المدني المصري) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ١/٢٩٤ : إن الدائن الذي يرفض لتغير سبب مشروع الإيفاء المعروض عليه بشروط منطبقة على الأصول يمد من جراء ذلك في حالة التأخر منذ تحقق رفضه بصك رسمي . (وهذا النص يتفق في الحكم مع نص المادة ٣٢٤ من التقنين المدني المصري) .

متعنتاً في رفضه لاستيفاء الدين ، فهنا أيضاً ، ومن باب أولى ، يحق للمدين أن يعرض الدين ويودعه (١) .

ويمثل رفض الدائن لاستيفاء الدين أن يقتضى الوفاء تدخل الدائن فيمتنع عن ذلك ، كما لو كان الدين واجب الوفاء في موطن المدين وأبى الدائن أن يسعى إليه في هذا الموطن .

وقد يسبق الدائن الحوادث فيعلن ، قبل أن يعرض المدين الوفاء ، أنه لن يقبله إذا عرض عليه ، فعندئذ يحق للمدين أن يعرض الدين عرضاً حقيقياً ثم يودعه (٢) .

٤٢٨ — قعنه الوفاء للرئيس : وقد يجد المدين نفسه في حالة يتعذر معها أن يوفى دينه للدائن مباشرة ، ويتحقق ذلك في القروض الآتية :

أولاً — إذا كان المدين يجهل شخصية الدائن أو موطنه . مثل ذلك أن يكون الدائن الأصلي قد مات عن وريثة انتقل إليهم الدين ، ولكن المدين يجهل من هم هؤلاء الورثة أو أين موطنهم ، وقد حل الدين ويريد المدين أن يتخلص منه بالوفاء ، فلا يعرف لمن يوفيه . عند ذلك لا يسعه إلا أن يودع الدين على ذمة صاحبه ، دون عرض حقيقى أو إغذار ، إذ يجهل من هو الدائن الذى يعرض عليه الدين أو أين هو (٣) .

(١) ويعتبر تمتعاً من الدائن أن يرفض الوفاء لتأخر المدين قليلاً عن دفع ثمن الأرض التى اشتراها ، أملاً في فسخ البيع بعد أن ارتفعت قيمة الأرض (استئناف مختلط ٩ نوفمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ ص ٨) .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى : « ويسجل الإغذار على الدائن رفض الوفاء المعروض عليه عرضاً صحيحاً دون مبرر ، أو امتناعه عن القيام بالأعمال التى لا يتم الوفاء بدونها كاستناع المشتري عن التصديق على امضائه لإجراء تسجيل عقد البيع ، أو تعريضه بأنه لا يقبل الوفاء » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٠٠) .

(٣) استئناف مختلط ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٥٩ — وقد يعرف المدين ورقة الدائن ، ولكن هؤلاء الورثة لا يتفقون جميعاً على شطب الزمن (استئناف مختلط ٢١ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٩٥) .

ثانياً - إذا كان الدائن عديم الأهلية أو ناقصها ، ولم يكن له نائب يقبل عنه الوفاء . وقد يكون الدائن عديم الأهلية أو ناقصها منذ نشوء الدين ويبقى على هذا الوضع إلى أن يحل ، فلا يجد المدين بداً من إيداع الدين على ذمة هذا الدائن دون أن يعرضه عليه عرضاً حقيقياً ، إذ ليست للدائن أهلية الاستيفاء . وقد يجد المدين نفسه ، بعد أن كان دائنه كامل الأهلية ثم مات عن وارث قاصر ، أمام هذا الوارث وليس له نائب يقبل عنه الوفاء ، فيضطر أيضاً في هذه الحالة إلى إيداع الدين على ذمته .

ثالثاً - إذا كان الدين متنازعا عليه بين عدة أشخاص . وهنا أيضاً لا يجد المدين من الحكمة أن يحمل التبعة في حسم هذا النزاع فيوفى الدين لمن يعتقد أنه على حق من المتنازعين ، وإلا كان مسئولاً عما قد يقع فيه من الخطأ . فلا يجد بداً من إيداع الدين على ذمة أى من المتنازعين يكون هو الدائن الحقيقي ، دون أن يسبق هذا الإيداع عرض للدين . ومثل التنازع على الدين أن يستوفى الدائن حقه من الغير فيحل الغير محله فيه ، ويحول في الوقت ذاته هذا الحق لحال له يعلن الحوالة للمدين ، فيتنازع الدين الموفى والمحال له كل منهما يدعى أنه الأول بالدين (١) . ومثل ذلك أيضاً أن يموت الدائن ، فيتنازع الدين الوارث وموصى له بالدين إذ يعلن الوارث في الوصية بالبطلان .

رابعاً - إذا كانت هناك أسباب جدية تبرر هذا الإجراء . فتنى قام سبب جدى يمنع المدين من عرض الدين على الدائن وهو مع ذلك يريد الوفاء به ، فليس أمامه إلا أن يودعه على ذمة الدائن . مثل ذلك أن يريد المشتري الوفاء بالثمن للبائع ، ولكن البائع يمتنع عن القيام بما يجب للتصديق على إتمامه في عقد البيع ، فلا يجد المشتري بداً من إيداع الثمن على ذمة البائع بشرط ألا يقبضه إلا بعد التصديق على الإتمام ، ثم يعتمد بعد ذلك إلى رفع دعوى بثبوت البيع . ومثل ذلك أيضاً أن يريد المدين الوفاء بدين لغير الدائن حق فيه ،

(١) أما إذا كان كل من المتنازعين في الدين محالاً له ، وسبق أحدهما الآخر في إعلان الحوالة للمدين ، فالأول منهما بدهاء هو من سبق إلى هذا الإعلان ، ولا يحق للمدين في هذه الحالة أن يحسم من الوفاء له بالدين مكتفياً بالإيداع ، إذ النزاع هنا غير جدى لوضوح حق السابق .

ولا يستطيع المدين أن يحصل على مخالصة من هذا الغير ، فلا يسمه في هذه الحالة إلا أن يودع الدين (١) .

وفي هذه الفروض المتعلقة التي يتعذر فيها على المدين الوفاء للدائن ، ليس على المدين إلا أن يودع الدين ، دون حاجة إلى عرض حقيق كما قلنا ، فتراحمته من الدين (٢) .

وإذ فرغنا من بيان الأحوال التي يجوز فيها للمدين إبداء الدين بعد عرض حقيق أو دون عرض ، يبقى أن نبحث مسألتين : (١) إجراءات العرض الحقيق والإبداء (٢) ما يترتب على القيام بهذه الإجراءات من الآثار (٣) .

(١) استئناف مخطط ٣ يونيو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٢٨ - وأنظر في هذه الفروض الأربعة المذكورة الإيضاحية للشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٠٥ .
(٢) أما في الفروض التي يرفض فيها الدين استيفاء الدين أو التي يقوم فيها بمثل ماثل ، فلا بد أن يسبق الإبداء عرض حقيق مدين كما قلنا . وقد قضت محكمة النقض بأن مجرد إرسال خطاب موسى عليه من المدين الدائن يقول عنه المدين أنه كان به حوالة يريد مبلغ الدين ، ويقول الدائن إنه حين لم يقل تسلمه لم يكن يعلم بما احتواه - ذلك ، حتى مع صحة قول المدين ، لا يعتبر طريقه وفاة قانونية ، وخصوصاً إذا لم يثبت أن الدائن كان يعلم باحتواء الخطاب لهذا المبلغ . ولقد كان من الواجب حل المدين لكي تبرأ ذمته أن يعرض الدين عرضاً حقيقاً (نقض حلف ١٦ نوفمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ وتم ١٥٧ ص ٤٣٩) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن من أراد أن يحل مديناً هو ملزم بتخليته ، يجب عليه أن يعرض الدين عرضاً حقيقاً (استئناف مخطط ١٧ مايو سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٣٠٦) . وقضت أيضاً بأن المدين الذي يعلن أنه يريد الوفاء ، ولا يقرن هذا الإعلان بإجراءات العرض الحقيق ، يكون ملزماً بالفوائد حتى يتم العرض (استئناف مخطط ١٩ يناير سنة ١٩١١ م ٢٢ ص ١٢٠) ، وبحكم عليه بالمعروفات (استئناف مخطط ٧ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٠٢) .

(٣) طريقة العرض الحقيق والإبداء ، التي سار عليها التقنين المدني وتقتن المرافعات فيما يستخلص من مجموع نصوصها ، هي الطريقة المنبئة في القوانين اللاتينية . أما التقنين الألماني (٢٩٣ - ٣٠٤) فقد اتبع طريقة أبسط ، إذ اكتفى بمجرد إظهار الدائن (أنظر في المقابلة ما بين الطريقتين كولان وكايتان ودى لامورانديير ٢ فقره ٤٩٩ - ٥١٠ ص ٢٢٣) . على أن التقنين المدني الجديد ، كما سنرى ، أخذ من التقنين المدني الألماني بعض أحكامه فيما رتبته من النتائج حل إظهار الدائن .

المطلب الأول

إجراءات العرض الحقيقي والإيداع

٤٢٩ - وجوب التفسير بين نصوص التقنين المدني ونصوص

تقنين المرافعات : تضمن التقنين المدني طائفة من النصوص في خصوص العرض الحقيقي والإيداع ، وأحال في بقية المسائل على تقنين المرافعات . ولكن تقنين المرافعات لم تنسق نصوصه مع نصوص التقنين المدني ، ويبدو لأول وهلة أن هناك شيئاً من التنافر بين هاتين الطائفتين من النصوص . فلا بد إذن من التوفيق ما بين التقنينين ، وإعمال نصوص كل منهما بحيث لا يتعارض ذلك مع إعمال نصوص التقنين الآخر .

٤٣٠ - مراحل دعوى : ويبدو - للتوفيق ما بين التقنينين - أن هناك

مراحل ثلاثا :

(المرحلة الأولى) مرحلة إعداد الدائن ، وما يترتب على هذا الإعداد من نتائج قانونية . وهذه المرحلة انفرد بذكرها التقنين المدني .

(المرحلة الثانية) مرحلة عرض الدين عرضاً حقيقياً على الدائن . وهي مرحلة انفرد برسم إجراءاتها تقنين المرافعات .

(المرحلة الثالثة) مرحلة إيداع الدين على ذمة الدائن . وهذه مرحلة اشترك في رسم إجراءاتها كل من التقنين المدني وتقنين المرافعات .

٤٣١ - (١) مرحلة اهتزاز الرأى : يبدأ المدين بعرض الوفاء على

الدائن عرضاً فعلياً صحيحاً . والعرض الصحيح هو أن يعرض المدين الوفاء طبقاً للقواعد القانونية المقررة في شأنه . فيعرض الدين كله وملحقاته غير متقوصة ، ويعرضه في وقت حلوله ، وفي مكان الوفاء ، ويكون المدين أهلاً لوفاء الدين

ويكون الدائن أهلاً لاستيفائه (١) . وليس من الضروري أن يكون هذا العرض القل على يد محضر ، فتدخل المحضر إنما يكون عند إعذار الدائن وعند العرض الحقيقي للدين . ويكفي أن يبدى استعداده ، إذا توافرت الشروط المتقدمة الذكر ، لوفاء الدين للدائن . ويتم ذلك بأية طريقة تفي بهذا الغرض ، فيصح أن يتم بالكتابة لتيسير الإثبات ؛ ويجوز أن تكون الكتابة مسجلة موصى عليها حتى لا يقع نزاع في تسلمها .

فاذا رفض الدائن قبول الوفاء على هذا الوجه ، فعل المدين عندئذ أن يسجل على الدائن رفضه بإعلان رسمي على يد محضر (٢) . ويعتبر هذا الإعلان إعذاراً للدائن برفضه للوفاء .

٤٣٢ - ما يترتب على إعذار الدائن من النتائج - النصوص

القانونية : ويترتب على إعذار الدائن على الوجه المتقدم الذكر نتائج خطيرة ، كانت تترتب في عهد التقنين المدني السابق على العرض الحقيقي والإيداع ، وقد رتبها التقنين المدني الجديد على مرحلة سابقة للعرض والإيداع ، هي مرحلة إعذار الدائن . فنصت المادة ٣٣٥ من هذا التقنين على ما يأتي :

« إذا تم إعذار الدائن ، تحمل تبعة هلاك الشيء أو تلفه ، ووقف سريان الفوائد ، وأصبح للمدين الحق في إيداع الشيء على نفقة الدائن والمطالبة بتعويض ما أصابه من ضرر (٣) .

(١) انظر المادة ١٢٥٨ من التقنين المدني الفرنسي وما ورد في شأنها في بودري وبارد ٢ فقرة ١٥٩٧ - فقرة ١٦١١ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٠٨ .
(٢) وقد كان المشروع التمهيدى لتقنين المدني الجديد يكتفي في هذا الإعذار بمجرد الكتابة ، كما كان يكتفي بمجرد الكتابة أيضاً في إعذار المدين . ولكن لجنة مجلس الشيوخ عدلت النصوص فجعلت الإعذار ، سواء بالنسبة إلى المدين أو بالنسبة إلى الدائن ، بإعلان رسمي على يد محضر (المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٠٠ - وانظر تاريخ نص المادة ٣٣٤ أننا فقرة ٤٢٦ في الحاشي) .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٤٧١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٤٧ في المشروع النهائي ، ثم وافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٢٣٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٥٥ - ص ٢٠١) .

ويتبين من هذا النص أن النتائج التي يرتبها القانون على إعداز المدين للدائن هي ما يأتي :

أولاً- يتحمل الدائن تبعه هلاك الشيء أو تلفه ، وذلك فيما إذا كان الهلاك أو التلف مما يحمل المدين تبعته قبل إعداز الدائن . مثل ذلك أن يعرض البائع تسليم المبيع على المشتري عرضاً صحيحاً تتوافر فيه الشروط التي قدمناها ، فيأبى المشتري تسلم المبيع دون مبرر . عند ذلك يسجل البائع رفض المشتري لتسلم المبيع المبيع عن طريق إعلان رسمي على يد محضر . ومنذ وصول هذا الإعلان للمشتري يصبح هو الذي يتحمل تبعه هلاك المبيع أو تلفه ، وكان الذي يتحمل هذه التبعة قبل الإعلان هو البائع لا المشتري . وقد نصت المادة ٤٣٧ مدني على هذا الحكم صراحة ، فقضت بأنه : « إذا هلك المبيع قبل التسليم لسبب لا يد للبائع فيه ، انفسخ البيع واسترد المشتري الثمن ، إلا إذا كان الهلاك بعد إعداز المشتري لتسلم المبيع » .

ثانياً - يقف سريان الفوائد فيما إذا كان الدين نقوداً تنتج فوائد ، سواء

= ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق . ولكن المادة ٢٣٧/١٧٤ من هذا التقنين كانت ترقب للمدين حقاً في التصويض إذا امتنع الدائن عن قبول الوفاء ، وكان النص يجري على الوجه الآتي : « لا تبرأ ذمة من تعهد بعمل شيء بمجرد عرضه على المتعهد له أنه مستعد لعمله ، إنما له عند امتناع المتعهد له عن قبول العمل وقت العرض أن يطالبه بتمويض الضرر المترتب على امتناعه » .

ويقابل النص في انتقيزات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٣٢٣ (وهي مطابقة للمادة ٢٢٥ من التقنين المدني المصري) - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٢٢ (وهي مطابقة للمادة ٢٣٥ من التقنين المدني المصري) - ولا مقابل له في التقنين المدني العراقي ، وقد قلنا أن التقنين العراقي لا يحمل الدائن مفعراً إلا بإيداع المدين الشيء على ذمة الدائن : انظر المادة ٣٨٥ مدني عراق - وفي تقنين الموجبات والمقود البناني المادة ٢٩٤ ، وتجري على الوجه الآتي : « إن الدائن الذي يرفض لنهر سبب مشروع الإيفاء المعروض عليه بشروط منطبقة على الأصول يد من جراء ذلك في حالة التأخر منذ تحقق رفضه بصك رسمي - ومن ذلك الحين يصبح خطر هلاك الشيء أو تعيبه على عهدة هذا الدائن ، وينقطع حكم الفائدة عن الدين . وعلاوة على ذلك يحق عندئذ للمدين إيداع مرضيع الموجب وتحيل الدائن عبء التفقة والمخاطر ، وتبرأ ذمة على هذا الوجه من الموجب » . ويتفق هذا الحكم مع الحكم الوارد في المادة ٣٢٥ من التقنين المدني المصري .

كانت هذه الفوائد اتفاقية أو قانونية (١) . ولا حاجة ، في وقف سريان الفوائد ، للعرض الحقيقي والإيداع ، بل يكفي إعدار الدائن على الوجه المتقدم الذكر . ووجه هذا الحكم ظاهر ، إذ المفروض أن الدائن يرفض استيقاء الدين دون مبرر ، والمدين يعرض الوفاء حتى يتخلص من الدين وفوائده ، فالدائن هو المتعنت ويكون من العدل وقف سريان الفوائد .

ثالثاً - جواز عرض المدين للدين على الدائن عرضاً حقيقياً وإيداعه إياه بعد ذلك على نفقة الدائن . ونص المادة ٣٣٥ من التقنين المدني يقول في هذا الصدد : « وأصبح للمدين الحق في إيداع الشيء على نفقة الدائن » ، فلا يتكلم عن العرض الحقيقي ، وكان التقنين المدني قد استعاض عن العرض الحقيقي بالإعذار . ولكن تقنين المرافعات نص في المادة ٧٨٦ على أن « للمدين إذا أراد تبرئة ذمته بما هو مقرره ، نقلاً كان أو غيره ، أن يعرضه فعلياً على دائته على يد محضر » . وهذا هو العرض الحقيقي الذي لا بد أن يسبق الإيداع . ثم إن التقنين المدني نفسه يشير إشارة عارضة إلى العرض الحقيقي والإيداع ، ويجعل في الإيداع على تقنين المرافعات ، فيقول في المادة ٣٣٩ : « يقوم العرض الحقيقي بالنسبة إلى المدين مقام الوفاء إذا تلاه إيداع يتم وفقاً لأحكام قانون المرافعات ... » وكذلك تدبر المادة ٣٤٠ في فقرتها إلى العرض (٢) .

من أجل ذلك نرى - للتوفيق بين التقنين المدني وتقنين المرافعات - أن نجعل مرحلة إعدار الدائن سابقة على مرحلة العرض الحقيقي ، دون أن تنفي عنها .

ولكننا نرى ، من جهة أخرى ، أن المدين يستطيع أن يستغنى عن مرحلة الإعدار ، وأن يقوم مباشرة بالعرض الحقيقي وفقاً للقواعد المقررة في تقنين

(١) استئناف مغلط ٢٩ يناير سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ١٤٨ .

(٢) ومن ذلك أيضاً ما ورد في المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد ، في خصوص النتائج التي تترتب على إعدار الدائن ، أذن من بين هذه النتائج « تحويل المدين حق اتخاذ إجراءات العرض الحقيقي وإتباع هذا العرض بالإيداع على نفقة الدائن » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٠٠) ، وهذا صريح في أن الإيداع يمل به عرض حقيق ، ثم يلى العرض الحقيقي الإيداع . فنفسم بذلك نصوص التقنين المدني مع نصوص تقنين المرافعات .

المرافعات . غير أن النتائج التي كانت تترتب على الإعذار والتي بسطناها فيها تقدم ، تتأخر في هذه الحالة إلى حين العرض الحقيقي .

على أن الإعذار ، إلى جانب . أنه يجعل بالنتائج التي تترتب عليه ، يكون دليلاً قاطعاً على أن الدائن قد رفض استيفاء الدين ، فتكون نفقات العرض الحقيقي ثم نفقات الإيداع في هذه الحالة على الدائن ، كما تقول المادة ٣٣٥ مدني فيما قدمناه .

رابعاً — مطالبة المدين للدائن بتعويضه عن الضرر الذي أصابه من جراء امتناع الدائن دون مبرر عن استيفاء الدين . فإلى جانب تحمل الدائن تبعة هلاك الشيء ، وإلى جانب وقف سريان الفوائد وتحميل الدائن نفقات العرض الحقيقي والإيداع ، قد يصيب المدين ضرر آخر ، كأن يكون محل الدين عيناً معينة بالذات ، ويمتنع الدائن دون مبرر عن تسلمها فتبقى شاغلة للمكان الذي هي فيه مدة طويلة . فيكون للمدين في هذه الحالة أن يطالب الدائن بتعويض عن الضرر الذي أصابه من جراء ذلك ، ويتمثل هذا التعويض عادة في أجرة هذا المكان طول المدة التي شغلت فيها العين دون مبرر (١) .

٤٣٣ — (ب) مرحلة العرض الحقيقي : وتلي مرحلة إعذار الدائن مرحلة العرض الحقيقي كما قدمنا . وتقنين المرافعات هو الذي تكفل برسم إجراءات هذه المرحلة على الوجه الآتي :

إذا كان الشيء محل الدين نفوذاً أو شيئاً آخر مما يمكن تسليمه للدائن في موطنه، فعلى المدين أن يعرضه عرضاً فعلياً على الدائن في موطنه على يد محضر (م ٧٨٦ مرافعات) (٢) . أما ما لا يمكن تسليمه للدائن في موطنه، كالعقارات

(١) أوبري ودو ٤ فقرة ٣٢٢ ص ٣٠٦ — انظر في كل ما تقدم المذكورة الإيضاحية المشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٠٠ .

(٢) وإذا كان الدين نفوذاً ، وجب عرض جميع المبالغ المستحقة والفوائد والمصروفات التي سلفت ومبلغ إجمال حساب المصروفات التي لم تصف ، ولا يجوز أن تكون المبالغ المعروضة أقل من ذلك ، إلا إذا كان الفرق شيئاً ويرجع إلى تملز تحميد المبالغ المستحقة هل وجه الدقة أو إلى مجرد خطأ في الحساب (استئناف غخطط ٣ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٩٩ — ٢ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٤١ — ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٩٢) .
(٤٧ م — الوسيط)

أو المنقولات التي لا يتيسر نقلها إلا بمشقة ومؤونة ، فيحصل عرضها عرضاً حقيقياً على الدائن بمجرد تكليفه على يد محضر (٧٨٧ مرافعات) . ويجب أن يشتمل محضر العرض أو ورقة التكليف على بيان جنس النقود وعددها وبيان الشيء المعروض بياناً دقيقاً وعلى شروط العرض وذكر قبول المعروض أو رفضه (م ٧٨٨ مرافعات) .

وقد نصت المادة ٧٩٢ من تقنين المرافعات على نوع خاص من العرض الحقيقي بأجراءات مختصرة ، هو العرض حال المرافعة أمام المحكمة . فقضت بأنه « يجوز العرض القعلي حال المرافعة أمام المحكمة بدون إجراءات أخرى إذا كان من بوجه إليه العرض حاضراً . وتسلم النقود المعروضة عند رفضها لكتاب الجلسة لإيداعها خزانة المحكمة ، ويذكر في محضر الإيداع ما أثبت بمحضر الجلسة من قرارات الخصوم خاصاً بالعرض ورفضه . وإذا كان المعروض في الجلسة من غير النقود ، تعين على المعارض أن يطلب إلى المحكمة تعيين حارس عليه لحفظه كما ذكر ، ولا يقبل الطعن في الحكم الصادر بتعيين الحارس . وللمعارض أن يطلب على الفور الحكم بصحة العرض » .

هذا وإذا قبل الدائن العرض ، ذكر المحضر ذلك في محضره ، وقبض الدائن الدين من يد المحضر . وبذلك يتم الوفاء له بالدين . وكان عليه هو مصروفات العرض (١) ، إلا إذا تبين أنه لم يكن المتسبب في هذه الإجراءات وأن المدين كان متسرعاً في الالتجاء إليها . وإن لم يقبل الدائن العرض ، ذكر المحضر ذلك في محضره ، وانتقل بعد ذلك إلى مرحلة الإيداع (٢)

(١) ولكن لا يجوز للمدين أن يستنزل مقدماً من المبالغ المعروضة مصروفات العرض ، فإن هذه المصروفات لا تكون على الدائن إلا إذا كان العرض صحيحاً (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٦٣٤ ص ٧٢٥) .

(٢) ولا بد ، كما قلنا ، من العرض الحقيقي قبل الإيداع ، وإلا فالإيداع وحده لا يكون ميراثاً للزمة (استئناف مخطوط ٢٦ نوفمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٥٠ - ٦ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٧٢ - ١٠ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٥٩) ، وذلك ما لم يكن العرض الحقيقي متفرداً كأن كان المدين يجهل ورقة الدائن على وجه التحقيق (استئناف مخطوط ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٥٩) ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

٤٣٤ - (ج) مرسوم الإيداع - نصوص قانونية : تكفل تقنين

المرافعات أيضاً برسم إجراءات هذه المرحلة ، وجاء في التقنين المدني بعض نصوص في خصوصها . وتتلخص أحكام مرحلة الإيداع ، كما وردت في نصوص التقنين ، فيما يأتي :

المعروض إما أن يكون نقوداً أو غير نقود .

فإن كان من النقود ، ورفض الدائن العرض ، قام المحضر بإيداع هذه النقود خزانة المحكمة في اليوم التالي لتاريخ محضر العرض على الأكثر . وعلى المدعي إعلان الدائن بصورة من محضر الإيداع (١) في ظرف ثلاثة أيام من تاريخه (٧٨٩ مرافعات) .

وإن كان المعروض من غير النقود ، ورفض الدائن العرض ، جاز للمدين أن يطلب من قاضي الأمور المستعجلة تعيين حارس لحفظه في المكان الذي يعينه (م ٧٩٠ مرافعات) .

وقد ورد في التقنين المدني في هذا الخصوص نصان يكتلان نصوص تقنين المرافعات .

فنصت المادة ٣٣٦ مدني على أنه « إذا كان محل الوفاء شيئاً معيناً بالذات ، وكان الواجب أن يسلم في المكان الذي يوجد فيه ، جاز للمدين ، بعد أن يتلزم الدائن بتسلمه ، أن يحصل على ترخيص من القضاء في إيداعه . فإذا كان هذا الشيء عقاراً أو شيئاً معدداً للبقاء حيث وجد ، جاز للمدين أن يطلب وضعه تحت الحراسة (٢) » . وهذا النص ، للتوفيق بينه وبين المادة ٧٩٠ مرافعات ،

(١) والمبررة فيما إذا كان الإيداع قد تم مع التخصيص (dépôt effectué avec affectation spéciale) ، بمحضر الإيداع لا بمحضر العرض (استئناف مختلط ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٤٥ م ٥٨ ص ١٩) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٤٧٢ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٤٨ من المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٣٣٦ (مجموعة الأعمال التشريعية ٣ ص ٢٠١ - ص ٢٠٢) .

يجب أن يجعل مفصلاً لأحكام هذه المادة . ويجب إذن أن نميز في غير النقود بين ما يمكن نقله وإيداعه كمجوهرات وعروض يسيرة النقل ، وبين ما هو معد للبقاء حيث وجد كالعقارات وبعض المنقولات العسيرة النقل والتي هي معدة لتبقى حيث هي كآلات الزراعة والسيارات والمؤن وأدوات العمارة (١) ونحو ذلك . فإذا كان المعروض مما ييسر نقله ، جاز للمدين أن يطلب من قاضي الأمور المستعجلة وفقاً للمادة ٧٩٠ مرافعات ، أو أن يطلب بعريضة من قاضي الأمور الوقفية وفقاً للمادة ٣٣٦ مدني ، أمراً بتعيين حارس لحفظ الشيء في المكان الذي يعينه القاضي (٢) ، وقد يكون هذا المكان هو خزانة المحكمة إذا تيسر ذلك كما هو الأمر في الإيداع للمجوهرات والأوراق المالية ونحوها . أما إن كان المعروض مما لا ييسر نقله بل كان معداً للبقاء حيث وجد ، جاز

— وقد جاء في التفتين المدني السابق (م ١٧٦ / ٢٣٩) في هذا الخصوص ما يأتي : « تبرأمة المصنف بتسليم عقار إذا استحصل على تعيين أمين حارس للعقار المذكور بحكم يصدر بمواجهة المصنف له أو في غيبه بعد تكليفه بالحضور أمام المحكمة » .

ويقابل النص في التفتينات المدنية العربية الأخرى : في التفتين المدني السوري المادة ٣٣٤ (وهي مطابقة له) - وفي التفتين المدني الليبي المادة ٣٢٣ (وهي أيضاً مطابقة له) - وفي التفتين المدني العراقي المادة ١ / ٣٨٧ ، وتجري على الوجه الآتي : « إذا كان محل الوفاء عقاراً أو شيئاً معداً للبقاء حيث وجد ، وطلب المدين من المحكمة وضعه تحت يد عدل ، قام تسليمه الشيء للعدل مقام الإيداع » (والحكم متفق مع حكم المادة ٣٣٦ مصري) - وفي تفتين الموجبات والعقود البنائي المادة ٢٩٥ ، وتجري على الوجه الآتي : « إذا كان موضوع الموجب عملاً ما ، لا تسليم شيء ، يحق للمدين منذ وجود الدائن في حالة التأخر أن يفسخ العقد وفقاً للأحكام المختصة بتأخر المدين » . وهذا النص لا مقابل له في التفتين المصري ، ولكن يمكن العمل بحكمه في مصر لاتفاقه مع القواعد العامة . وليس هذا من باب العرض والإيداع ، وإنما يقوم الحكم على أنه إذا كان على المدين واجب عرض الوفاء ، فعلى الدائن كذلك واجب قبوله ، فإذا لم يتم الدائن بواجبه كان للمدين أن يفسخ العقد ليتخلص هو أيضاً من القيام بواجبه : انظر بودري وبارد ٢ فقرة ١٦٢٦ .

وانظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٠٩ .

(١) نقض مدني ٥ نوفمبر سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ٢ رقم ٢ ص ٢ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يشترط أن يكون المدين قد حصل مبدئياً على حكم بإيداع السيارة المعروضة على الدائن في جراج ، بل يصح أن يودع السيارة الجراج على أن يعرض الأمر بعد ذلك على القضاء ليقول كلمته فيما إذا كان هذا العرض صحيحاً وهل يعتبر لإجراء ماثلاً للإيداع (نقض مدني ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ١٤٥ ص ١٠٢٢) .

للمدين ، بالطريقة نفسها ، أن يطلب تعيين حارس لحراسته حيث يوجد دون أن ينقل . وفي جميع هذه الأحوال تقوم الحراسة ، في المكان الذي يعين أو في المكان الذي يوجد فيه المعروض ، مقام الإيداع .

على أن الأشياء المعروضة قد تكون مما يسرع إليه التلف كالسمن والزيت والدقيق ونحو ذلك ، أو تكون مما يكلف نفقات باهظة في إيداعه أو حراسته كالمواشى وبعض المحصولات الزراعية ، فهذه وتلك عرضت لها المادة ٣٣٧ من التقنين المدني فنصت على ما يأتي : « ١ - يجوز للمدين ، بعد استئذان القضاء ، أن يبيع بالزاد العلني الأشياء التي يسرع إليها التلف ، أو التي تكلف نفقات باهظة في إيداعها أو حراستها ، وأن يودع الثمن خزانة المحكمة . ٢ - فإذا كان الشيء له سعر معروف في الأسواق ، أو كان التعامل فيه متداولاً في البورصات ، فلا يجوز بيعه بالزاد إلا إذا تعذر البيع بممارسة بالسعر المعروف (١) » .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٤٧٢ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٤٩ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ اقترح أن يضاف إلى النص بعد عبارة « استئذان القضاء » عبارة « بأمر على عريضة » ، ورفضت اللجنة هذا الاقتراح إذ مادام الأمر يتعلق بسلطة القاضي الولائية فإن مفهوم ذلك بداهة أن يتم الاستئذان باستصدار أمر على عريضة ، ووافقت اللجنة على النص دون تعديل تحت رقم ٣٣٧ . ووافق عليه مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٠٣ - ص ٢٠٤) . ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٣٣٥ (وهي مطابقة له) - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٢٤ (وهي أيضاً مطابقة له) - وفي التقنين المدني العراقي المادة ٢/٢٨٧ ، وتجري على الوجه الآتي : « وإذا كان شيئاً يسرع إليه التلف أو يكلف نفقات باهظة في إيداعه ، فإنه يجوز للمدين ، بعد استئذان المحكمة ، أو دون استئذان عند الضرورة ، أن يبيعه بسعره المعروض في الأسواق ، فإن تضرر ذلك فيالزاد العلني ، ويقوم بإيداع الثمن مقام إيداع الشيء نفسه » . وهذا الحكم يتفق مع حكم التقنين المصري ، إلا أن التقنين العراقي يبيع عند الضرورة عدم استئذان القضاء في بيع الشيء - وفي تقنين الموجبات والمقود البناني المادة ٢/٢٩٦ ، وتجري على الوجه الآتي : « أما إذا كان الشيء غير قابل للإيداع كأن يكون مثلاً قابلاً للتلف ، أو يكون حفظه مدعاة لنفقات باهظة ، جاز للمدين ، بعد استئذان القاضي ، بيعه علناً وإيداع الثمن » . وهذا حكم يتفق مع حكم التقنين المصري . انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٠٩ . وقارب استئذان مخطوط ٤ أبريل سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٩٠ .

فاذا ما أودع الشيء - بعد عرضه عرضاً حقيقياً على الدائن - على النحو السابق ، كان للعرض والإيداع آثار قانونية تنتقل الآن إلى بينها .

المطلب الثاني

ما يترتب على العرض والإيداع من الآثار

٤٣٥ - النصوص القانونية : تنص المادة ٣٣٩ من التقنين المدني على ما يأتي :

« يقوم العرض الحقيقي بالنسبة إلى المدين مقام الوفاء ، إذا تلاه إيداع يتم وفقاً لأحكام قانون المرافعات ، أو تلاه أى إجراء مماثل ، وذلك إذا قبله الدائن أو صدر حكم نهائى بصحته » (١) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ٢٣٨/١٧٥ (٢) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٣٣٧ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٢٦ - وفي التقنين المدني العراقي المادة ٣٨٦ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني العبارة الأخيرة من المادة ٢/٢٩٤ والمادة ٢٩٨ (٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٤٧٥ من المشروع التمهيدي عل وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٥١ من المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس للشيخ تحت رقم ٣٢٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٠٧ - ص ٢٠٨) .

(٢) التقنين المدني السابق م ٢٣٨/١٧٥ : ومع ذلك إذا كان الدين عبارة عن نفود أو متقلات ، فترا ذمة المدين بعرضه الدين عل الدائن عرضاً حقيقياً بالتطبيق للقواعد المبينة في قانون المرافعات .

وهذا الحكم يتفق مع حكم التقنين المصري الجديد .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٣٣٧ (مطابقة للمادة ٣٣٩ من التقنين المدني المصري) .

ويقين من هذا النص أنه يجب التمييز بين فرضين: (أولاً) العرض والإيداع بعد قبول الدائن أو بعد صدور حكم نهائي بصحة العرض . (ثانياً) العرض والإيداع قبل القبول أو صدور الحكم .

١٩ - أثر العرض والإيداع بعد قبول الدائن أو بعد

صدور حكم بصحة العرض

٤٣٦ - قبول المائن للعرض : قد يقبل الدائن العرض في النهاية ، وذلك بعد أن يكون قد رفضه وبعد أن يكون الإيداع قد تم بناء على هذا الرفض . ويجب أن يملأ قبوله للمدين حتى ينتج القبول أثره ، وإلا جاز للمدين قبل وصول القبول إلى علمه أن يرجع في العرض (١) على الوجه الذي سنبينه .

ويجب أيضاً ، حتى يجوز للدائن أن يقبل عرضاً سبق له رفضه ، أن يثبت المودع لديه (أو خزانة المحكمة) أنه أخبر المدين باعلان رسمي على يد محضر أنه سيسلم الشيء المودع للدائن ، وذلك قبل حصول التسليم فعلاً بثلاثة أيام

التقنين المدني الليبي م ٣٢٦ (مطابقة المادة ٣٣٩ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني المراق م ٣٨٦ : ١ - يقوم الإيداع مقام الوفاء إذا قبله الدائن أو صدر حكم بصحته . ٢ - وفي هذه الحالة تكون نفقات الإيداع على الدائن ، وهو الذي يتحمل قيمة هلاك الشيء من وقت الإيداع ، ومن هذا الوقت أيضاً يقف سريان لقواته . (ويضيق هذا الحكم مع حكم التقنين المصري ، إلا أن التقنين المراق يرتب ، كما قلنا ، على الإيداع الآثار التي يرتبها التقنين المصري على إظهار الدائن) .

تقنين الموجبات والعمود البنائي م ٢/٢٩٤ (العبارة الأخيرة) : وتبرأ ذمته على هذا الوجه من الموجب (والحكم متفق مع حكم التقنين المصري ، غير أن نص التقنين اللبناني لا يذكر صراحة قبول الدائن للعرض أو الحكم بصحته ، ولكن القواعد العامة تقتضي ذلك ، كما أن هذا الحكم يستتبع من المادة ٢٩٧ لبناني) .

م ٢٩٨ : إن نفقة الإيداع على الدائن حينما يكون الإيداع مشروطاً (والحكم متفق مع حكم التقنين المصري) .

(١) بودري وبارد ٢ فقرة ١٦٣٢ .

على الأقل . وعند تسليم الشيء للدائن ، يجب عليه أن يسلم المودع لديه صورة محضر الإيداع التي تسلمها مع مخالصة بما قبضه .

وقد نصت على هذه الأحكام صراحة المادة ٧٩٤ من تقنين المرافعات ، إذ تقول : « يجوز للدائن أن يقبل عرضاً سبق له رفضه ، وأن يتسلم ما أودع على ذمته ، إذا لم يكن المدين قد رجع في عرضه ، وأثبت المودع لديه أنه أخبر مدينه على يد محضر بعزمه على التسليم قبل حصوله بثلاثة أيام على الأقل . ويسلم الدائن المودع لديه صورة محضر الإيداع المسلمة إليه مع مخالصة بما قبضه » (١) .

٤٣٧ — الحكم بصحة العرض والديراع : فإذا لم يقبل الدائن العرض

بعد الإيداع ، فإن للمدين أن يطلب الحكم بصحة العرض والإيداع ، كما أن للدائن دون أن ينتظر رفع هذه الدعوى أن يبادر هو إلى رفع دعوى ببطالان العرض والإيداع . وتنص المادة ٧٩١ مرافعات في هذا الصدد على أنه : « يجوز طلب الحكم بصحة العرض أو ببطالانه ، وبصحة الإيداع أو عدم صحته ، بالطرق المعتادة لرفع الطلبات الأصلية أو العارضة » .

وفي دعوى صحة العرض والإيداع ، لا يجوز الحكم بصحة العرض وحده إذا لم يعقبه إيداع أو أى إجراء مماثل كوضع المعروض تحت الحراسة على النحو الذى قدمناه . ولا يقتصر الأمر على إيداع المعروض وحده ، بل يجب أن يعرض مع فوائده التى استحققت إلى يوم الإيداع . وقد وردت هذه الأحكام فى الفقرة الأولى من المادة ٧٩٣ من تقنين المرافعات ، إذ تنص على أنه : « لا يحكم بصحة العرض الذى لم يعقبه إيداع إلا إذا تم إيداع المعروض مع فوائده التى استحققت لغاية يوم الإيداع » (٢) .

(١) ويجوز أيضاً لدائن الدائن أن يقبل العرض باسم الدائن ، عن طريق استمال حقوق مدينه ، وأن يحجز على الشيء المودع تحت يد المودع لديه . فلا يجوز بعد الحجز للدائن أن يتسلم الشيء ، ولا للمدين أن يرجع فى العرض ، وذلك فى حدود ما لدائن الدائن من حق (بودوى وبارد ٢ فقرة ١٦٣١ مكررة أولاً) .

(٢) ورفع دعوى صحة العرض أمام محكمة موطن الدائن (استئناف غخطط ٢ يناير ١٩٢٠ ٢٢ ص ٩٦) . ومصروفات الإطارات والرض والإيداع ، إذا حكم بصحة العرض ، —

٤٣٨ - ما يترتب من الأمر على قبول الدائن أو صدوره حكم نهائي

بصحة العرض والإيداع : فإذا ما قبل الدائن العرض والإيداع على النحو المتقدم الذكر ، أو صدر حكم نهائي بصحة العرض والإيداع وفقاً للقواعد التي أسلفناها ، قام العرض في هاتين الحالتين مقام الوفاء ، وبرت ذمة المدين من الدين . ولا تتأخر براءة ذمة المدين إلى يوم الإيداع ، بل تبرأ ذمته من يوم العرض ، فإن النص صريح في أن الذي يبرئ ذمة المدين هو العرض إذا تلاه الإيداع ، فالإيداع إذن شرط في إنتاج العرض لأثره ، وإذا تحقق استند هذا الأثر إلى يوم العرض . وهذا ما تنص عليه المادة ٣٣٩ مدني فيما قدمناه ، فهي تقضي بأن يقوم العرض الحقيقي بالنسبة إلى المدين مقام الوفاء إذا تلاه

= تكون حل الدائن (استئناف مخطط ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٥٩) ، ولكن لا يجوز للمدين ، كما قلنا ، أن يستنزل مقدما من المبالغ المروضة هذه المصروفات ، وذلك إلى أن يحكم بصحة العرض ويخصم بعد ذلك رسم الإيداع من الدين (نقض مدني ٢ ديسمبر سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢٦ ص ١٩٩) . ولا يجوز أن تكون المبالغ المروضة أقل من المبالغ المستحقة ، إلا إذا كان الفرق ضئيلاً كما سبق القول (استئناف مخطط ١٨ يناير سنة ١٨٩٣ م ٥٢ ص ١٠١ - ٢١ ديسمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ٧٧ - ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٥٩ - ٣ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٩٩ - ٢ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٤١ - ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٩٣) . ولا يجوز أن يكون الإيداع عقيداً يشترط (استئناف مخطط ١٤ فبراير سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ١٣٦ - ١٨ نوفمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٢٦ - ٦ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٧٢ - ١٢ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٧٥) ، إلا إذا كانت شروطاً يستلزمها الدين المروض ، وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأنه إذا عرض المدين الأدوات والمهمات المحكوم عليه بتسليمها إلى المدين ، وقيد عرضه بأن يدفعوا له المبلغ الذي حكم له به نهائياً قبلهم بمقتضى نفس الحكم الذي ألزمه بتسليم الأشياء المروضة ، فهذا العرض صحيح ، ومثل هذا الشرط لا يطله ، لأن للمدين أن يشترط ما يكفل له حقه المحكوم له به (نقض مدني ٥ نوفمبر سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ٢ رقم ٢ ص ٢) . ولا يجوز عرض جزء من الدين هو الجزء الذي يقر به المدين إل أن يحسم النزاع في الجزء الباقي ، فإذا حكم للدائن في هذا النزاع كان حل المدين دفع فوائد كل الدين دون استنزال الفوائد عن الجزء الذي عرضه (استئناف مخطط ٣ يونيو سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٣١٣) . وإذا حكم بصحة العرض والإيداع ، فلا محل في الحكم لإلزام المدين البريء الفدية بالسداد ، بل ينص الحكم فقط على السماح للدائن بأن يسحب ما هو مودع حل ذمته ما يماثل حقه (استئناف أهل ٢٩ يناير سنة ١٩٢٣ المحاماة ٣ رقم ١/١٥٥ ص ٢١٠) .

إيداع يتم وفقاً لأحكام قانون المرافعات أو تلاه أى إجراء مماثل ، وذلك إذا قبله الدائن أو صدر حكم نهائى بصحته . وأيد هذا النص نص آخر فى تقنين المرافعات صريح فى أن براءة ذمة المدين إنما تكون من يوم العرض ، فقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٧٩٣ مرافعات على ما يأتى : « ونحكم المحكمة مع صحة العرض ببراءة ذمة المدين من يوم العرض » (١) .

ومتى برئت ذمة المدين ، فقد برئت ذمة المدينين المتضامين معه والشركاء فى الدين والكفلاء وسقطت التأمينات العينية التى كانت تكفل الدين .

وبراءة ذمة المدينين المتضامين والشركاء والكفلاء وسقوط التأمينات العينية هو أثر نهائى لقبول الدائن العرض أو للحكم النهائى بصحته ، فلا يجوز بعد ذلك أن ترجع ذمة هؤلاء مشغولة بالدين أو أن تعود التأمينات العينية ، حتى لو رجع المدين فى العرض وقبل الدائن منه هذا الرجوع . وهذا مانتص عليه الفقرة اثنائية من المادة ٣٤٠ مدنى ، إذ تقول : « فاذا رجع المدين فى العرض بعد أن قبله الدائن أو بعد أن حكم بصحته ، وقبل الدائن منه هذا الرجوع ، لم يكن لهذا الدائن أن يتمسك بعد ذلك بما يكفل حقه من تأمينات ، وتبرأ ذمة الشركاء فى الدين وذمة الضامن » . والأصل فى ذلك أنه إذا قبل الدائن العرض ، أو حكم بصحته حكماً نهائياً ، لم يجوز للمدين بعد ذلك أن يرجع فيما عرض ، ويختص الدائن وحده بالشئ المعروض ولا يشاركه فيه سائر الغرماء . وقد نصت المادة ٧٩٦ من تقنين المرافعات على هذا الحكم صراحة إذ تقول : « لا يجوز الرجوع عن العرض ، ولا استرداد المودع ، بعد قبول الدائن لهذا العرض أو بعد صدور الحكم بصحة العرض وصيرورته نهائياً . غير أنه إذا قبل الدائن من المدين رجوعه فى عرضه بعد قبول الدائن للعرض أو بعد الحكم النهائى بصحته ، فإن قبول الدائن لرجوع المدين فى العرض يكون أثره مقصوراً على العلاقة فيما بينه وبين المدين ، ولا يجاوز ذلك إلى الغير من شركاء فى الدين وكفلاء وأصحاب حقوق عينية على العقار المرهون فى الدين ، فهؤلاء يفيدون نهائياً

(١) ويقضى التقنين المدنى الفرنسى (م ١٢٥٧ / ٢) بمكس ذلك ، فلا تبرأ ذمة المدين إلا من يوم الإيداع (أنظر بودرى وبارد ٢ فقرة ١٦٢٨ - بلانجيل وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢١١ ص ٦١٦) .

من براءة ذمة المدين . ومن ثم تبرأ ذمة الشركاء والكفلاء كما قدمنا ، وبحق لأصحاب الرهون التالية في المرتبة للدائن الذي برئت ذمة مدينه عدم الاعتداد بالرهن الذي كان متقدماً على رهونهم وكان يكفل الدين (١) . أما في العلاقة ما بين الدائن والمدين ، بعد رجوع المدين في العرض وقبول الدائن لهذا الرجوع ، فإن الدين الذي كان معروضاً ينتقض بقبول الدائن للعرض أو بالحكم نهائياً بصحته ، ولكن لما كان الدائن قد قبل من المدين الرجوع في هذا العرض ، فإن ذمة المدين ترجع مشغولة بيد جديد معادل للدين القديم الذي انقضى . وإذا أريد أن يكفل هذا الدين الجديد كفلاء أو رهون ، فلا بد من الاتفاق على ذلك من جديد بين الدائن والمدين والكفلاء ، وتقوم هذه التأمينات من وقت هذا الاتفاق لاقبل ذلك (٢) .

٢٥ — أثر العرض والإيداع قبل قبول الدائن

وقبل صدور حكم بصحة العرض

٤٣٩ — **النصوص القانونية :** تنص المادة ٣٤٠ من التقنين المدني على ما يأتي :

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : « متى قبل العرض المشفوع بالإيداع أو بإجراء مماثل له ، أو حكم بصحته ، أصبح لازماً وامتنع الرجوع فيه . ويكون لمثل هذا العرض حكم الوفاء ، ويستند أثره إلى الماضي ، فيعتبر أنه تم وقت إعلان العرض (وقد ورد خطأ : وقت إعلان الإيداع) ، وتعتبر ذمة المدين والملتزمين معه بالدين والكفلاء قد برئت من هذا الوقت . عل أن الدائن أن يرفض رجوع المدين في عرضة الحقيقي ، بعد القبول أو بعد صدور الحكم بصحته ، وعندئذ يعتبر الوفاء كأن لم يكن ، دون أن يخل ذلك بحقوق الملتزمين مع المدين بالدين أو الكفلاء ، فهؤلاء تبرأ ذمتهم نهائياً ، ولا يكون لهذا الرجوع أثر بالنسبة لهم » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٠٩ - ص ٢١٠) .

وسرى أن ماورد في المذكرة الإيضاحية من أن الوفاء يعتبر كأن لم يكن ليس دقيقاً ، فقبل الدائن العرض أو حكم نهائياً بصحته فقد تم الوفاء على وجه بات وانقضى الدين المعروض . فإذا رجع المدين بعد ذلك في العرض وقبل الدائن ذلك منه ، كان هذا بمثابة اتفاق على دين جديد تتشغل به ذمة المدين نحو الدائن ، كما سيأتي .

(٢) انظر في هذا المعنى بودرى وبارد ٢ فقرة ١٦٣٣ — بلانيسول وريبير ورومان ٧

فقرة ١٢١١ ص ٦١٧ .

١ - إذا عرض المدين الدين وأتبع العرض بإيداع أو باجراء مماثل ، جاز له أن يرجع في هذا العرض مادام الدائن لم يقبله أو مادام لم يصدر حكم نهائي بصحته . وإذا رجع ، فلا تبرأ ذمة شركائه في الدين ولا ذمة الضامين .
 ٢ - فإذا رجع المدين في العرض بعد أن قبله الدائن أو بعد أن حكم بصحته ، وقبل الدائن منه هذا الرجوع ، لم يكن لهذا الدائن أو يتمسك بعد ذلك بما يكفل حقه من تأمينات ، وتبرأ ذمة الشركاء في الدين وذمة الضامين (١) .
 وليس لهذا النص مقابل في التقنين المدني السابق ، ولكن الحكم كان منصوباً عليه في المادتين ٦٩٣ - ٦٩٤ من تقنين المرافعات القديم .

ويقابل هذا النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٣٣٨ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٢٧ - وفي التقنين المدني العراقي المادة ٣٨٩ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٢٩٧ (٢)

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٤٧٦ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي :

١ - إذا عرض المدين الدين ، وأتبع العرض بإيداع أو إجراء مماثل ، جاز له أن يرجع في هذا العرض ما دام الدائن لم يقبله أو ما دام لم يصدر حكم نهائي بصحته . ٢ - فإذا رجع المدين في العرض بعد أن قبله الدائن أو بعد أن حكم بصحته ، وقبل الدائن منه هذا الرجوع ، لم يكن لهذا الدائن أن يتمسك بعد ذلك بما يكفل حقه من تأمينات . وفي لجنة المراجعة أضيف حكم عدم براءة ذمة الشركاء في الدين والضامين إلى الفقرة الأولى في حالة رجوع المدين في عرضه قبل قبول الدائن للعرض وقبل الحكم بصحته ، وأضيف حكم براءة ذمة الشركاء في الدين والضامين في الفقرة الثانية في حالة رجوع المدين في العرض بعد أن قبله الدائن أو بعد أن حكم بصحته إذا كان هذا الرجوع بموافقة الدائن . فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وصار رقمه ٣٥٢ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٣٤٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٠٩ - ص ٢١١) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٣٣٨ (مطابقة للمادة ٣٤٠ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٣٢٧ (مطابقة للمادة ٣٤٠ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٣٨٩ (مطابقة للمادة ٣٤٠ من التقنين المدني المصري) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٢٩٧ : للمدين أن يسترد الشيء المودع ما دام الدائن لم يصرح بقبوله الإيداع ، وفي هذه الحالة يعود الدين بجميع ملحقاته . (وهذا النص متفق في الحكم مع نص التقنين المصري ، وإن لم يذكر في نص التقنين اللبناني إلا قبول الدائن بمرض ، وأغفل ذكر صدور الحكم بصحته ، ولكن صدور الحكم بصحة العرض يمنع في لبنان رجوع المدين في العرض وفقاً لقواعد العامة) .

ونصت المادة ٧٩٥ من تقنين المرافعات الجديد على ما يأتي : « ويجوز للمدين أن يرجع عن عرض لم يقبله دائته ، وأن يسترد من خزنة المحكمة ما أودعه ، متى أثبت أنه أخبر دائته على يد محضر رجوعه عن العرض وكان قد مضى على إخباره بذلك ثلاثة أيام » .

ويجب استكمال نص التقنين المدني بنص تقنين المرافعات للتوفيق ما بين النصين ، وليكون هناك تنسيق وانسجام ما بين النصوص . وهذا ما نسير عليه فيما يأتي :

٤٤٠ — متى يجوز للمدين الرجوع في العرض : للمدين ، بعد العرض والإيداع ، أن يرجع في العرض (١) إذا توافر شرطان :

(الشرط الأول) ألا يكون قد صدر قبول من الدائن للعرض ووصل هذا القبول إلى علم المدين ، وألا يكون في الوقت ذاته قد صدر حكم نهائي بصحة العرض .

(الشرط الثاني) أن يكون قد مضى ثلاثة أيام من وقت إبلاغ المدين الدائن على يد محضر رجوعه في العرض . فإذا اقتصر المدين على مجرد إعلان إرادته في الرجوع ، ولو أبلغ الدائن ذلك بكتاب مسجل أو بأية طريقة أخرى غير الإعلان الرسمي على يد المحضر ، جاز للدائن ألا يعتد بهذا الرجوع ، وأن يقبل العرض على الوجه المبين في المادة ٧٩٤ مرافعات وقد سبق بيان ذلك . فعندئذ يصبح العرض نهائياً ، ولا يمكن للمدين بعد ذلك أن يرجع فيه ولو أبلغ الرجوع للدائن على يد محضر . كذلك إذا رجع المدين في العرض ، وأبلغ الدائن رجوعه على يد محضر ، فإن للدائن ، في خلال ثلاثة أيام من يوم إبلاغه برجوع المدين أن يقبل العرض بعد تهيئة الطريق لهذا القبول وفقاً للمادة ٧٩٤ مرافعات ، وعندئذ

(١) وحق رجوع المدين في العرض حق متصل بشخصه ، فلا يجوز لدائته أن يستملوه باسمه . فإذا وقع هؤلاء سبياً على الشيء المروض ، ولم يرجع المدين في العرض ، كان الحجز مطلقاً (بودري وبارد ٢ فقرة ١٦٣١) . ولكن لما كان العرض يعتبر وفاء لدين ، فللدائن المدين أن يطمئنا فيه بالدعوى البولسية وفقاً لأحكام الفقرة الثانية من المادة ٢٤٢ مدني .

لا يكون لرجوع المدين عن العرض أثر، وبصبح العرض نهائياً بقبول الدائن له .
ولا يعود بعد ذلك للمدين حق في الرجوع ، إلا بقبول الدائن لهذا الرجوع على
الوجه المبين في الفقرة الثانية من المادة ٣٤٠ مدني ، وقد سبق بيان ذلك .

٤٤١ - الأثر الذي يترتب على رجوع المدين في العرض : فإذا

رجع المدين في العرض بعد توافر الشرطين المتقدمين الذكر على الوجه المبين
آنفاً ، فإن العرض يعتبر كأن لم يكن (١) ، وتكون مصروفات العرض
والإيداع على المدين لأنه هو الذي رجع فيها عرض (٢) .

وتبقى ذمة المدين مشغولة بالمدين وملحقاته . وكذلك تبقى مشغولة بالمدين ذمة
المدينين المتضامنين الآخرين والشركاء في الدين والكفلاء ، كما تبقى التأمينات
العينية التي تكفل الدين (٣) . وهذا ما تنص عليه صراحة الفقرة الأولى من المادة
٣٤٠ مدني فيما قدمنا . أما إذا كان رجوع المدين في العرض بعد قبول الدائن له
أو بعد الحكم بصحته ، وكان الرجوع بموافقة الدائن ، فقد رأينا أن المدينين
المتضامنين والشركاء في الدين والكفلاء تبرأ ذمتهم ، وأن التأمينات العينية التي
كانت تكفل الدين تزول .

و يجوز ، بعد رجوع المدين في العرض وقبل استرداده للشيء المعروض من
خزانة المحكمة أو من تحت يد الحارس ، أن يوقع دائئوه - ومنهم نفس
الدائن الذي كان الدين معروضاً عليه - الحجز على هذا الشيء . أما قبل رجوع
المدين في العرض ، فلا يجوز للدائنين الآخرين غير الدائن المعروض عليه الدين
أن يوقعوا الحجز على الشيء المعروض أو أن يشاركوا فيه هذا الدائن الأخير
مشاركة الغرماء ، حتى لو كان ذلك قبل قبول العرض وقبل صلور حكم بصحته .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الإيداع الحاصل على ذمة أحد دائئي المدين لا يخرج به
المبلغ المودع عن ملكية المودع إلا بقبول الدائن له ، فقبل ذلك يستطيع المدين أن يوجه
المبلغ الذي أودعه أية وجهة أخرى (نقض مدني ٢٨ أبريل سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١١٧
ص ٣٣٣ . وأنظر أيضاً : أستاذنا مختلط ١١ مارس سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١٧٩) .

(٢) بودوي وبارد ٢ فقرة ١٦٣٤ ص ٧٢٥ .

(٣) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التمهيدية ٣ ص ٢٠٩ .

(٤) أنظر آنفاً فقرة ٤٤٠ في الهامش .

الفصل الثاني

عمل الوفاء

٤٤٢ - على أى شيء يقع الوفاء ومنى وأين يكونه : نبهت هنا

موضوعين :

أولاً - على أى شيء يقع الوفاء وما يتبع هذا الشيء من ملحقات .
ثانياً - الزمان والمكان اللذين يتم فيهما الوفاء .

الفرع الأول

على أى شيء يقع الوفاء وما يتبع هذا الشيء من ملحقات

المبحث الأول

على أى شيء يقع الوفاء

٤٤٣ - الوفاء بنفس الشيء المستحق ووجه تجزئته - حالة نمرود

العربيه : الوفاء يكون بنفس الشيء المستحق ، وهو الشيء محل الالتزام .
ولا يجوز للمدين أن يجبر الدائن على قبول وفاء جزئى ، بل يجب عليه أن يفي
بالشيء المستحق كاملاً دون تجزئة . وقد تعدد الديون التى فى ذمة المدين ففى
بعضها ، ويتعين تحديد بأىها وفى .

فعمدنا إذن مسائل ثلاث : (١) الوفاء بنفس الشيء المستحق (٣) الوفاء
بكل الشيء المستحق فلا يجوز الوفاء الجزئى (٣) تعيين جهة الدفع عند
تعدد الديون .

المطلب الأول

الوفاء بنفس الشيء المستحق

٤٤٤ - النصوص القانونية: تنص المادة ٣٤١ من التقنين المدني

على ما يأتي :

« الشيء المستحق أصلاً هو الذي به يكون الوفاء ، فلا يجبر الدائن على قبول شيء غيره ، ولو كان هذا الشيء مساوياً له في القيمة أو كانت له قيمة أعلى ، (١) .
ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ٢١٣/١٦٨ (٢) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٣٣٩ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٢٨ - وفي التقنين المدني العراقي المادتين ٣٩٠ - ٣٩١ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المواد ٢٩٩ و ٣٠١ و ٣١٧ (٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٤٧٧ من المشروع النهائي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٥٣ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٣٤١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢١٢ - ص ٢١٣) .

(٢) التقنين المدني السابق : م ٢٣١/١٦٨ : يجب أن يكون الوفاء على الوجه المتفق عليه بين المتعاقدين . (والحكم متفق مع حكم التقنين المدني الجديد) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري : م ٣٣٩ (مطابقة لمادة ٣٤١ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي : م ٣٢٨ (مطابقة لمادة ٣٤١ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي : م ٣٩٠ : ١ - إذا كان الدين مما يتعين بالتعيين ، فليس للمدين أن يدفع غيره بدلاً عنه بدون رضا الدائن ، حتى لو كان هذا البديل مساوياً في القيمة للشيء المستحق أو كانت له قيمة أعلى . ٢ - أما إذا كان مما لا يتعين بالتعيين وعين بالقدر ، فليس للمدين دفع مثله وإن لم يرض الدائن .

م ٣٩١ : رب الدين إذا ظفر عرضاً يحمس حقه من مال مدينه ، وهو على صفته ، فله الاحتفاظ به .

والشيء المستحق أصلاً إما أن يكون شيئاً معيناً بالذات أو شيئاً غير معين إلا بنوعه أو نقوداً أو عملاً أو امتناعاً عن عمل .

٤٤٥ - الشيء المستحق شيء معين بالذات : إذا كان الشيء المستحق

هو شيء معين بالذات ، كدار أو سيارة معينة أو حصان معين ، فالوفاء يكون بهذا الشيء بالذات لا بغيره ، ولو كان غيره من جنسه ونوعه ويساويه أو يزيد عليه . ولا يجبر الدائن على قبول غير الشيء المستحق ، ولو كان أزيد في القيمة . كما لا يجبر المدين على الوفاء بغير الشيء المستحق ، ولو كان أقل في القيمة . وهذا ما تنص عليه صراحة المادة ٣٤١ كما رأينا .

وهذا لا يمنع بداهة من أن يتفق الدائن والمدين على أن يكون الوفاء بشيء غير المستحق أصلاً ، وهذا هو الوفاء بمقابل (١) . ولكنه غير الوفاء ، وله أحكام خاصة به سبرد ذكرها فيما يلي .

— (وأحكام التقنين العراقي تتفق مع أحكام التقنين المصري . ولا يوجد لنا منع من تطبيق حكم المادة ٣٩١ عراق - وهي مأخوذة من الفقه الإسلامي - في مصر ، إذ هو حكم لا يتعارض مع القواعد العامة) .

تقنين الموجبات والمقود البناني : م ٢٩٩ : يجب إيفاء الشيء المستحق نفسه ، ولا يجبر الدائن على قبول غيره وإن كان أقل قيمة منه - وإذا كان الشيء لم يعين إلا بنوعه ، فلا يجب على المدينون تقديمه من النوع الأفضل ، ولكن لا يجوز له تقديمه من النوع الأدنى .
م ٣٠١ : عندما يكون الدين مبلغاً النقود يجب إيفاءه من عملة البلاد . وفي الزمن الماضي ، حين لا يكون التعامل اجبارياً بعملة الورق ، يظل المتماقون أحراراً في اشتراط الإيفاء نقوداً معدنية أو عملة أجنبية .

م ٣١٧ : إن الإيفاء بواسطة التحويل (الشيك) يبقى خاصاً لأحكام القانون الصادر في ٧ نيسان سنة ١٩٣٠ (١٩١٤) الذي لا يزال مرعياً الأجراء .

(وهذه الأحكام تتفق في مجملها مع أحكام التقنين المصري) .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في هذا الصدد : « ينبغي أن يقع الوفاء على الشيء المستحق أصلاً ، سواء أكان الالتزام به التزاماً بنقل حق عيني أم التزاماً بعمل أم التزاماً بالامتناع عن عمل . فلا يجوز أن يستبدل بهذا الشيء شيء آخر ولو كان أعلى منه قيمة ، إلا أن يرضى الدائن الامتناع (الوفاء بمقابل) ، أو أن يكون ظاهر التمتع » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢١٢) . ويستفاد من ذلك أن الدائن ليس له أن يرفض استيفاء شيء أعلى قيمة ، ولا المدين أن يرفض إيفاء شيء أدنى قيمة ، إذا كان في الرفض تمتع ظاهر ، وهذا تطبيق لنظرية العامة في التصرف في استعمال الحق .

ويجب تسليم الشيء المعين بالذات المستحق أصلاً في الحالة التي هو عليها وقت التسليم . فإذا كان قد هلك أو أصابه تلف وهو في يد المدين قبل تسليمه إلى الدائن ، وكان الهلاك أو التلف بسبب أجنبي ، فإن تبعة ذلك تقع على الدائن (١) . أما إذا كان الهلاك أو التلف بخطأ من المدين ، فإن الدائن يرجع بالتعويض على المدين . وليس في هذا كله إلا تقرير للقواعد العامة (٢) .

٤٤٦ — الشيء المستحق شيء غير معين إلا بنوعه : وقد يكون الشيء

المستحق شيئاً غير معين إلا بنوعه ، كخمسین قطاراً من القطن ومائة أردب من القمح . فإذا لم تعين درجة الشيء من حيث جودته ، أو لم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من أى ظرف آخر ، ألزم المدين بأن يسلم شيئاً من صنف

(١) وذلك ما لم يكن الدين ناشئاً من عقد ملزم للجانبين . وإذا كان هناك رجوع على الغير بتعويض أو بمبلغ تأمين وجب على المدين أن ينزل من التعويض أو عن مبلغ التأمين إلى الدائن ، بعد أن حل هذا أو ذاك حلولاً عينياً محل الدين المستحق (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٦٨) . حل أن المدين ، إذا أضره الدائن ، ويكون مثلاً عن الهلاك أو التلف ، ولو كان ذلك بسبب أجنبي ، ما لم يثبت أن الشيء كان يحل في يد الدائن لو كان قد قبضه (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٦٦) .

(٢) وقد كان المشروع التمهيدى يتضمن نصاً ، هو المادة ٤٧٩ من هذا المشروع ، يجرى حل الوجه الآتى : « إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات ، برئت ذمة المدين إذا قام بتسليمه بالحالة التي يكون عليها وقت التسليم ، حتى لو أصاب الشيء تلف بعد نشوء الالتزام ، حل إلا يكون هذا التلف راجعاً إلى خطأ المدين ، أو أن يكون المدين قد أضر قبل حصول التلف ، كل هذا ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغيره » . وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في خصوص هذا النص ما يأتى : « الأصل في المدين أن يلزم بتسليم الشيء بالحالة التي يكون عليها وقت التسليم ، إذا ورد الالتزام على شيء معين بالذات . فهو لا يسأل عما يصيب الشيء من تلف بعد الالتزام ، ما لم يكن قد أضر قبل حدوث التلف ، أو ما لم يكن هذا التلف راجعاً إلى خطأ أو خطأ من يسأل عنهم . ويقع عبء الإثبات في حالة المسؤولية التعاقدية على المدين . حل أن هذه القاعدة العامة لا تنطبق حيث يتفق المتعاقدان على الخروج عليها ، أو حيث يقضى القانون بمخالفتها . فن ذلك مثلاً اتفاق المشتري والبائع حل أن تكون حالة المبيع حسنة عند التسليم ، وقد نص المشروع حل وجوب تسليم المدين المؤجرة وملحقاتها في حالة توليها لأن تنى بما أعدت له من الخفض : م ٧٦٢ من المشروع » . وقد حذفت لجنة المراجعة هذه المادة « لأن حكمها مستفاد من القواعد العامة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢١٤ في المامش) .

متوسط (م ١٣٣/٢ مدني) (١). على أنه إذا كان الشيء المستحق يؤخذ من جملة أشياء محصورة في ذواتها ، كما إذا التزم المدين باعطاء صندوق من صناديق موضوعة في مخزن ، جاز للمدين أن يعطى أى صندوق من هذه الصناديق ، ولا يلتزم باعطاء صندوق منها يكون من صنف متوسط (٢).

٤٤٧- الشيء المنقضي نفوذ : وإذا كان الشيء المستحق نقوداً ، لم يجبر

الدائن على أخذ غير النقود المستحقة . فلا يجوز الوفاء دون رضا الدائن بشيء غير النقود ، كمروض ولو كانت قيمتها تساوى النقود المستحقة أو تزيد عليها . كما لا يجوز الوفاء دون رضا الدائن بكيفية أو بشيك (٣) أو بحوالة

(١) الوسيط جزء أول فقرة ٢٢٣ .

(٢) ديمولوب ٢٧ فقرة ٢٥٤ - بودوى وبارد ٢ فقرة ١٤٧٣ .

(٣) فلا يجبر الدائن على استيفاء حقه بشيك ، وإن كانت بعض التشريعات الأخيرة في فرنسا تبني للمدين في حالات معينة أن يفي دينه بشيك ، بل تجبره على ذلك ، حتى لا تتضخم كيات أوراق النقد التي تطرح في الأسواق لتعامل (انظر بلانيول وريير وروان ٧ فقرة ١١٥٨) . ولما كان الوفاء بالشيكات هو الغالب في المعاملات المدنية ، فإن الدائن لا يعتبر مستوفياً حقه إلا عند قبض قيمة الشيك من البنك (استئناف مختلط ٢٤ أبريل سنة ١٨٨٩ م ١ ص ١٠٥ - ١٥ فبراير سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ١٦٩) ، فلا ينقضي الدين بمجرد تسليم الدائن الشيك من طريق التجديد . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا أعطى شيك ثمناً لمبيع مع إثبات التخالص بالتمن في عقد البيع ، فإن إعطاء هذا الشيك يعتبر وفاء بالتمن لا استبدالاً له ، وهل ذلك فإنه إذا حكم بفسخ البيع فلا يبقى لتسليم قيمة الشيك محل (نقض مدني ٢ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٦٩ ص ١٥٦) . وإمضاء الدائن على الشيك بأنه قد تسلم قيمته يكون بمثابة مخالصة بالدين ، أو هو في القليل مبدأ لثبوت بالكسابة على أنه إنما استوفى ديناً ولم يقبض قيمة الشيك لفرض آخر ، فيستطيع تملكه بالبيئة أو بالقرائن . وحيازة البنك لشيك لحامله دليل على أنه صرف قيمة هذا الشيك ، ولو لم يوقع صاحب الشيك على ظهره (استئناف مختلط ١٥ يونيو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٣١) . ويترتب على أن الوفاء لا يتم إلا بقبض قيمة الشيك لا بمجرد تسلمه أن شركة النقل ، إذا كلفت بتسليم بضاعة لقاء استيفاء ثمنها (contre remboursement) وتسلمت شيكاً في مقابل الثمن ، تبقى مسئولة عن الثمن إلى وقت قبض قيمة الشيك (بلانيول وريير وروان ٧ فقرة ١١٥٨) .

وقد غلب التعامل بالشيكات إذ يجنب مشقة التعامل في كيات كبيرة من أوراق النقد ، وهو في الوقت ذاته يهيئ طريقاً ميسراً لإثبات الوفاء فإن إمضاء الدائن على الشيك بأنه قد تسلم قيمته تكون بمثابة مخالصة كما قلنا (بلانيول وريير وبولانجي ٢ فقرة ١٥٠٧) .

بريد (١) أو بأسمهم أو بسندات أو بغير ذلك من الأوراق المالية ، فإن هذه الأوراق ديون على الغير وليست نقوداً ، ولا يجبر الدائن على أخذها في مقابل النقود .

وتنص المادة ١٣٤ مدني بأنه : إذا كان عمل الالتزام نقوداً ، التزم المدين بقدر عددها المذكور في العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أى أثر . وبمخلص من ذلك أنه إذا ارتفعت قيمة النقود كان ارتفاعها لمصلحة الدائن ، وإذا انخفضت كان انخفاضها لمصلحة المدين .

وقد رأينا ، في الجزء الأول من الوسيط (٢) أن العملة الورقية إذا تقرر لها سعر قانوني (cours légal) وجب على الدائن قبولها حتى لو اتفق مع المدين على غير ذلك ، وحتى لو لم يكن لهذه العملة سعر إلزامي (cours forcé) . على أن المسألة ليست لها أهمية عملية إذا لم يكن للعملة الورقية سعر إلزامي ، فإن الدائن الذي يريد الحصول على حقه ذهباً ولا يستوفيه إلا ورقاً يستطيع أن يستبدل الذهب بالورق في أى وقت شاء . فإذا تقرر العملة الورقية سعر إلزامي ، واستوفى الدائن حقه ورقاً ، فإنه لا يستطيع أن يستبدل به ذهباً لقيام

= وكالشيكات الكيالات والإضافة إلى الحساب الجارى (virement bancaire du compte à compte) ، لا يتم الوفاء بها إلا بقبض القيمة أو بالإضافة الفعلية إلى الحساب الجارى . ومن ثم يتحمل المدين النتيجة إلى وقت قبض الدائن القيمة بالفعل ، فإذا صرفت القيمة إلى غير الدائن أو إلى غير حسابه الجارى دون خطأ منه لم يكن مستوفياً حقه وتحمل المدين تبعة ذلك . ولا يجبر الدائن على إعطاء مخالصة إلا عند القبض بالفعل ، فإن أعطى مخالصة قبل ذلك جاز أن يحمل هذا منه على أنه رضى أن يستوفى الدين بمقابل (دى باج ٣ فقرة ٤٧٦ - وانظر أيضاً بيدان ولا جارد ٨ فقرة ٤٦٨ - فقرة ٤٧٢ - وفترة ٤٨٤ - فقرة ٤٨٥) .

(١) وإذا قبل الدائن حوالة البريد ، فلا يتم الوفاء إلا بقبض قيمتها فعلاً . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا وفى المدين الدين بحوالة بريد ، ولكنه لم يقطع سند التسليم منها ويرسله إلى الدائن ليتسلم بموجبه قيمة الحوالة ، لم يكن هذا وفاء ميراثاً للذمة (١٨ يناير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٩٣) . ويتحمل المدين تبعة ضياع حوالة البريد وهي في طريقها إلى الدائن ، كما يتحمل تبعة صرف الحوالة إلى غير الدائن إذا تم ذلك دون خطأ من الدائن (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٥٨) .

(٢) فقرة ٢٢٤ - فقرة ٢٢٥ .

السعر الإلزامى ، وقد تكون قيمة الورق قد نزلت نزولاً فاحشاً فتصفيه خسارة جسيمة من وراء ذلك . ولا سبيل إلى اشتراط أن يكون الوفاء بالذهب (clause d'or) أو بما يعادل قيمة الذهب ، فإن الشرط يكون باطلاً لمخالفته للنظام العام . ويكون العقد الذى تضمن هذا الشرط باطلاً كذلك ، إذا تبين أن الشرط كان هو الباعث الرئيسى على التعاقد . ذلك أن الغرض من تقرير السعر الإلزامى هو إعطاء الورق قيمة قانونية إلزامية معادلة لقيمة الذهب ، فينعدم الفرق بين الورق والذهب في نظر القاتون ، ويجب أيضاً أن ينعدم في نظر الأفراد ، لأن القانون إنما أراد هذا حماية لمصلحة عامة ترجع إلى نظام النقد في البلد وإلى استقرار قيمة العملة وثباتها .

ورأينا أيضاً ، في الجزء الأول من الوسيط (١) ، أن القضاء المصرى مرفى هذه المسألة على مرحلتين : (المرحلة الأولى) في ظل المرسوم (القانون) الصادر في ١٢ أغسطس سنة ١٩١٤ ، وقد قضى بأن يكون للعملة الورقية التى يصدرها البنك الأهلى قيمة الذهب (السعر القانونى) ، وبأن البنك لا يجبر على إبدال الورق بالذهب (السعر الإلزامى) ، وبأن ما يدفع من هذه الأوراق يكون دفعاً صحيحاً مبرئاً للذمة كما لو كان الدفع حاصلًا بالذهب ، ولو وجد اتفاق يخالف ذلك . وبالرغم من صراحة هذا النص انقسم القضاء المصرى فى شأن شرط الذهب ، فبعض الأحكام قضى ببطلانه ، وبعضها قضى بصحته ، وبعضها جرى على نهج القضاء الفرنسى فميز بين المعاملات الداخلية حيث يكون الشرط باطلاً والمعاملات الخارجية حيث يكون انشروط صحيحاً (٢) . (المرحلة الثانية) فى ظل المرسوم بقانون رقم ٤٥ لسنة ١٩٣٥ ، وقد صرح بأن شرط الذهب باطل فى المعاملات الخارجية ببطلانه فى المعاملات الداخلية ، فنص على أن « تبطل شروط الدفع ذهباً فى العقود التى يكون الالتزام بالوفاء فيها ذا صبغة دولية ، والتى تكون قد قومت بالجنهات المصرية أو الاسترلينيه أو بنقد أجنبى آخر كان متداولاً فى مضر (الفرنك والجنهه التركى) ، ولا يترتب عليها أى أثر » .

(١) فقرة ٢٢٦ .

(٢) انظر الأحكام المشار إليها فى الوسيط جزء أول فقرة ٢٢٦ من ٢٩٣ هامش رقم ١ .

ومنذ صدور هذا القانون استقر قضاء المحاكم المصرية على بطلان شرط الذهب في المعاملات الداخلية والمعاملات الخارجية على السواء (١).

٤٤٨ - الشيء المنقوض عمل أو امتناع عن عمل - امانة : فاذا كان

محل الوفاء عملاً ، فقد رأينا في الجزء الثاني من الوسيط أن الالتزام بعمل ينقسم أقساماً ثلاثة : (١) التزاماً ببذل عناية (٢) والالتزاماً بتسليم شيء (٣) والالتزاماً بإنجاز عمل معين . وقد استعرضنا هناك كلا من هذه الأقسام الثلاثة ، ورأينا كيف يقوم المدين بتنفيذ التزامه في كل منها ، فنكتفي هنا بالإحالة على ذلك (٢).

كذلك إذا كان محل الوفاء امتناعاً عن عمل ، رأينا في الجزء الثاني من الوسيط كيف يبنى المدين بالتزامه ، فهو قائم بتنفيذه تنفيذاً عينياً ما دام ممتنعاً عن العمل الذي التزم بالامتناع عنه . فاذا أتى العمل المنوع ، أصبح التنفيذ العيني مستحيلاً ، ولا يكون هناك مجال إلا للتعويض . ونكتفي هنا أيضاً بالإحالة على ما سبق أن ذكرناه في هذا الصدد (٣).

(١) أنظر الأحكام المشار إليها في الوسيط جزء أول فقرة ٢٢٦ ص ٣٩٦ هامش رقم ١ .
يضاف إليها : استئناف مخطوط ٨ ديسمبر سنة ١٩٣٨ م ٥١ ص ٤٦ - ٣ فبراير سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٥٤ - ومع ذلك فإن : استئناف مخطوط ٢ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ١٥ -
٦ مارس سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٢٧ - وأنظر في تحديد سعر الصرف في تاريخ الاستحقاق
لا في تاريخ المطالبة : نقض مدني ٩ ديسمبر ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٣١
ص ٢٤٤ .

وأنظر في فرنسا التمييز ما بين الشروط التي تمس مركز العملة (clauses à caractère monétaire) كالدفع بالذهب أو بقيمة الذهب أو بعملة أجنبية وهذه باطلة في المعاملات الداخلية ، والشروط ذات الصبغة الاقتصادية (clauses à caractère économique) وهذه لا تم من عدم الثقة بمركز العملة القومية ، وذلك كالدفع بالبضائع (clauses de paiement en marchandises) أو بقيمة البضائع (clauses de paiement valeur-marchandise) أو الدفع بمعدل متحرك (clauses d'échelle mobile) ، ومن ثم تكون هذه الشروط صحيحة :
بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٦٦ - فقرة ١١٨٥ - بيدان ولا جارد ٨ فقرة ٥٠٣ -
فقرة ٥٢٢ - بلانيول وريبير وبولانجي ٢ فقرة ١٥٩٩ - فقرة ١٦٣١ - كولان وكابيتان
ودي لامورالدير ٢ فقرة ٨٤ - فقرة ٤٩٤ - جوسران ٢ فقرة ٨٥٦ - فقرة ٨٦٠
مكررة - وأنظر في بلجيكا : دي باح ٣ فقرة ١٦٢ - فقرة ٤٦٩ .

(٢) الوسيط جزء ٢ فقرة ٤٢٤ - فقرة ٤٣٧ .

(٣) الوسيط جزء ٢ فقرة ٤٣٨ - فقرة ٤٤٠ .

المطلب الثاني

الوفاء بكل الشيء المستحق

عدم جواز تجزئة الوفاء

٤٤٩ - النصوص القانونية : تنص المادة ٣٤٢ من التقنين المدني على ما يأتي :

١ - لا يجوز للمدين أن يجبر الدائن على أن يقبل وفاء جزئياً لحقه ، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك .

٢ - فإذا كان الدين متنازعاً في جزء منه وقبل الدائن أن يستوفي الجزء المعترف به ، فليس للمدين أن يرفض الوفاء بهذا الجزء (١) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ١٦٨/٢٣١ (٢) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٣٤٠ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٢٩ - وفي التقنين المدني العراقي المادة ٣٩٢ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٣٠٠ (٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٤٧٨ من المشروع التمهيدى حل وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا بعض فروق لفظية طفيفة . وفي لجنة المراجعة أزيلت هذه الفروق ، وأصبحت المادة رقماً ٣٥٤ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٣٤٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢١٣ - ص ٢١٦) .

(٢) التقنين المدني السابق : م ٢٣١/١٦٨ : يجب أن يكون الوفاء . . . وألا يكون ببعض المستحق . . .

(وتنطبق الأحكام في التقنينين السابق والجديد) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري : م ٣٤٠ (مطابقة المادة ٣٤٢ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي : م ٣٢٩ (مطابقة المادة ٣٤٢ من التقنين المدني المصري) . -

ويخلص من هذا النص أن القاعدة هي عدم جواز تجزئة الوفاء ، ويرد على هذه القاعدة استثناءات بعضها يرجع إلى الاتفاق وبعضها يرجع إلى أحكام القانون .

٤٥٠ - القاعدة - عدم جواز تجزئة الوفاء : لما كان الوفاء يجب أن يكون بنفس الشيء المستحق ، وجب تبعاً لذلك أن يكون بكل الشيء المستحق .

فلا يصح ، من جهة ، أن يجبر المدين الدائن على أن يقبل استيفاء جزء من الدين ، إذا كان كل الدين حالاً واجب الأداء . ولا يصح ، من جهة أخرى ، أن يجبر الدائن المدين على الوفاء بجزء من الدين واستيفاء الجزء الآخر في ذمته . كل هذا حتى لو كان الدين نفسه قابلاً للتجزئة ، فإن الدين فيما بين الدائن والمدين يصبح غير قابل للتجزئة ولو كانت طبيعته تقبل التجزئة (١) .

وغنى عن البيان أن عدم جواز تجزئة الوفاء لا ينطبق إلا على الدين الواحد . فإذا تعددت الديون ، وحلت جميعها ، فليس للدائن أن يمتنع عن استيفاء أى من هذه الديون إذا أراد المدين الوفاء به ، بدعوى أن المدين لا يفي بالديون جميعاً فهو يجزئ الوفاء ، إذ أن المدين لا يجزئ الوفاء في الدين الواحد .

- التقنين المدني العراقي : م ٣٩٢ : إذا كان الدين حالاً ، فليس للمدين أن يجبر دائنه على قبول بعضه دون البعض ، ولو كان قابلاً للتبعض .

(والحكم متفق مع حكم التقنين المصري) .

تقنين الموجبات والمفقد البتاني م ٣٠٠ : لا يجوز للمدين إجبار الدائن على قبول الإيفاء مجزئاً وإن كان الموحب قابلاً للتجزئة ، لأن الإيفاء بهذا المعنى لا يتجزأ - وتجوز مخالفة هذه القاعدة بإجراء أحكام المقاصة أو باستعمال حق التجزئة فيما يختص بالكفلاء . (والحكم متفق مع حكم التقنين المصري) .

(١) ولو جزأنا الدين ، فيما بين الدائن والمدين ، لأصبح الدين الواحد دهنياً متعدد (لارومبيير م ١٢٤٤ فقرة ١ - ديمولومب ٢٧ فقرة ٢٣٧ - لوران ١٧ فقرة ٥٦٦ - بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٧٨) - هذا إلى ما في التجزئة من ضرر يصيب للدائن ، فإنه إذا استوفى حقه كاملاً مرة واحدة استطاع أن يستثمره استثماراً أكمل مما لو استوفاه مجزئاً (بوتيه في الالتزامات فقرة ٥٣٤ - بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٧٨) .

وحلى الدائن في هذه الحالة أن يقبل استيفاء الديون التي يعرضها المدين ، ثم يجبر المدين بعد ذلك على الوفاء بالديون التي لم يف بها (١) .

٤٥١ - الاستثناءات - جواز تجزئة الوفاء : وتنقضي الفقرة الأولى

من المادة ٣٤٢ مدني ، فيما رأينا ، بجواز الخروج على قاعدة عدم جواز تجزئة الوفاء ، إما بحكم الاتفاق وإما بحكم القانون :

(١) فقد يتفق الدائن والمدين على تجزئة الوفاء ، فتجوز التجزئة عند ذلك نزولاً على اتفاقهما ، لأن قاعدة عدم التجزئة ليست من النظام العام .

وقد يكون هذا الاتفاق سابقاً على الوفاء . ويكون صريحاً أو ضمناً ، ويعتبر اتفاقاً ضمناً على تجزئة الوفاء أن يتفق الطرفان على أن يكون وفاء الدين في مكانين مختلفين ، في القاهرة وفي الاسكندرية مثلاً ، فيخلص من ذلك حتماً أن الطرفين اتفقا على تجزئة الدين إلى جزئين أحدهما يدفع في القاهرة والآخر في الاسكندرية ، وإذا لم يعينا مقدار كل جزء كان الجزءان متساويين (٢) .

وقد يكون الاتفاق واقعاً وقت الوفاء نفسه دون أن يكون هناك اتفاق سابق ، فإذا وفي المدين بعد حلول الدين الدائن بجزء منه ، وقبل الدائن هذا الوفاء الجزئي ، صح ذلك ، ويكون هناك اتفاق على تجزئة الوفاء وقع عند الوفاء نفسه .

(٢) وقد يقضي القانون بجواز تجزئة الوفاء ، كما فعل في المقاصة . فانه إذا توافرت شروطها ، سقط الدينان بقدر الأقل منهما . ومعنى ذلك أن الدين الأكبر ، الذي لم يسقط إلا جزء منه في مقابلة الدين الأصغر ، يكون قد وفي وفاء جزئياً على هذا النحو (انظر م ٢/٣٦٥ مدني) .

(١) بودري وبارد ٢ فقرة ١٤٧٨ مكررة ثانياً - ويترتب حل ذلك إنه إذا كان المستحق عدة أشياء ، فن المهم معرفة ما إذا كان الدين واحداً فلا يتجزأ الوفاء به ، أو أن هناك ديوناً متعددة لا يجوز لدائن أن يتمتع عن استيفاء ما يعرض المدين الوفاء به منها . فإذا كان أحد الأشياء المتعددة هو الشيء الأصل وكان الباقي تيمناً له ، كراس المال والفوائد والمصرفات ، فإن للدين يكون واحداً لا تجوز تجزئته عند الوفاء . أما إذا كانت الأشياء المتعددة كلها أصلية ، ككتابات تستحق تيمناً أو أجرة تحمل عدة بعد مدة ، فهذه ديون متعددة كل منها يجوز للوفاء به حل حدة (بلانويل وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٦٢ ص ٥٦٥) .

(٢) بودري وبارد ٢ فقرة ١٤٧٩ .

(٣) وقد يقضى القانون أيضاً بجواز تجزئة الوفاء ، كما فعل في الدفع بالتقسيم فيما بين الكفلاء . فانه إذا تعدد الكفلاء بعقد واحد في الدين الواحد ، ولم يكونوا متضامنين ، قسم الدين بينهم ، ولا يجوز للدائن أن يطالب كل كفيل إلا بجزء من الدين هو نصيبه فيه ، وفي هذا إيجاب للدائن على الوفاء الجزئي . وقد نصت المادة ٧٩٢ مدني في هذا المعنى على ما يأتي : ١ - إذا تعدد الكفلاء لدين واحد وبعقد واحد وكانوا غير متضامنين فيما بينهم ، قسم الدين عليهم ، ولا يجوز للدائن أن يطالب كل كفيل إلا بقدر نصيبه في الكفالة . ٢ - أما إذا كان الكفلاء قد التزموا بعقد متوالية ، فان كل واحد منهم يكون مسئولاً عن الدين كله ، إلا إذا كان قد احتفظ لنفسه بحق التقسيم .

(٤) وقد يقضى القانون أيضاً بجواز تجزئة الوفاء ، كما فعل في نظرية الميسرة عند ما أجاز للقاضي أن يقسط الدين على المدين إلى آجال معقولة (م ٢/٣٤٦ مدني) . وسنتناول هذه المسألة تفصيلاً عند الكلام في زمان الوفاء (١) .

(٥) وقد يقضى القانون أيضاً بجواز تجزئة الوفاء ، كما فعل في الفقرة الثانية من المادة ٣٤٢ مدني فيما رأينا . فان هذه الفقرة تقضى بأنه « إذا كان الدين متنازعا في جزء منه وقبل الدائن أن يستوفي الجزء المعترف به ، فليس للمدين أن يرفض الوفاء بهذا الجزء » . ذلك أنه كما لا يستطيع المدين أن يجبر الدائن على قبول وفاء جزئي ، كذلك لا يستطيع الدائن ، كما قلنا ، أن يجبر المدين على هذا الوفاء . ومع ذلك إذا كان الدين متنازعا في جزء منه ، فالدائن يدعى أنه مائة ويدعى المدين أنه خمسون ، فللدائن أن يجبر المدين على الوفاء بالخمسين وهو الجزء الذي يعترف به ، على أن يحسم النزاع بعد ذلك في الجزء الباقي المتنازع عليه . وليس للمدين أن يرفض هذا الوفاء الجزئي ، ويأبى أن يدفع شيئا حتى يحسم النزاع في الجزء المتنازع عليه ، أو يأبى أن يدفع الخمسين إلا بعد أن يقرر له الدائن أن هذا هو كل الدين (٢) .

(١) وقد يقضى القانون بتجزئة الوفاء في حالة ما إذا مات الدائن وانقسم حقه على ورثته ، فكل وارث يستوفي جزءاً من الدين هو حصته فيه (انظر المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢١٤ - ص ٢١٥) .

(٢) وقد ورد في المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في هذا الصدد ما يأتي : « وقد -

المطلب الثالث

تعيين جهة الدفع عند تعدد الديون

٤٥٢ - **النصوص القانونية :** تنص المادة ٣٤٤ من التقنين المدني على ما يأتي :

« إذا تعددت الديون في ذمة المدين ، وكانت لدائن واحد ومن جنس واحد ، وكان ما أداه المدين لا يفي بهذه الديون جميعاً ، جاز للمدين عند الوفاء أن يعين الدين الذي يريد الوفاء به ، ما لم يوجد مانع قانوني أو اتفاق يحول دون هذا التعيين » .

وتنص المادة ٣٤٥ على ما يأتي :

« إذا لم يعين الدين على الوجه المبين في المادة السابقة ، كان الخصم من حساب الدين الذي حل ، فإذا تعددت الديون الحالة فن حساب أشدها كلفة على المدين ، فإذا تساوت الديون في الكلفة فن حساب الدين الذي يعينه الدائن » (١) .

« يتصور إعمال قاعدة عدم تجزئة الوفاء إعمالاً عكسياً لمصلحة المدين ، فيكون له أن يصر على أداء الدين بأسره ، ولو قبل الدائن الاقتصاص على استيفاء جزء منه . أما إذا كان الدين متنازماً فيه ، وأقر المدين بجزء منه ، فليس له أن يتمتع من الوفاء بهذا الجزء متى طالب به الدائن ، بدعوى التريث حتى يحسم النزاع في الجزء الآخر ويتيسر له قضاء حق الدائن كاملاً : انظر في هذا المعنى م ١١٦٩ من التقنين الأسباني ، والمادة ٧٢٢ من التقنين البرتغالي ، والمادة ٧٧٧ من التقنين الأرجنتيني ، والمادة ٢/٦٩ من تقنين الالتزامات السويسري » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢١٥) .

(١) تاريخ النصوص :

م ٣٤٤ : ورد هذا النص في المادة ٤٨١ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد وذلك في الفقرة الأولى من المادة ٤٨١ من المشروع . وكانت هذه المادة تتضمن فقرة ثانية نصها ما يأتي : « فإذا لم يعين المدين الدين ، خصم ما أداه من حساب الدين الذي يعينه الدائن في الحالصة ، إلا إذا اترض المدين فوراً على هذا التعيين أو كان التصريح قد صدر عن شخص أو عن مباحثة من الدائن » . وقد وافقت لجنة المراجعة على المادة بلفظها تحت رقم ٣٥٦ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ حللت الفقرة الثانية « لأنها تتناول مسألة تفصيلية وتقرر حلاً لم تر اللجنة الأخذ به ، بل آثرت ترك الأمر »

وتقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق المادة ١٧٢/٢٣٥ (١) .

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري
المادتين ٣٤٢ - ٣٤٣ - وفي التقنين المدني الليبي المادتين ٣٣١ - ٣٣٢ -
وفي التقنين المدني العراقي المادة ١/٣٩٣ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني
المواد ٣٠٧ - ٣٠٩ (٢) .

= القواعد العامة، لا سيما أن المادة التالية وضعت من القواعد ما يكفي في هذا الشأن ، وأصبح
النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنته
تحت رقم ٢٤٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢١٩ - ٢٢١) .

م ٢٤٥ : ورد هذا النص في المادة ٤٨٢ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « فإذا لم
يعين الدائن أو المدين الدين تعييناً صحيحاً ، كان الخصم من حساب الدين الذى حل ، فإذا تعددت
الديون الحالة من حساب أشدها كلفة على المدين ، فإذا تساوت الديون في الكلفة من هذه الديون
جميعاً بنسبة كل منها » . ووافقت لجنة المراجعة على المادة تحت رقم ٣٥٧ في المشروع النهائي .
ووافق عليها مجلس النواب . وفي لجنة الشيوخ قام نقاش حول حكم العبارة الأخيرة وهى :
« فإذا تساوت الديون في الكلفة من هذه الديون جميعاً بنسبة كل منها » ، وقيل في الاعتراض
عليها أنه لا يجرى في العمل عند الوفاء أن يحصل الخصم من جملة الديون بنسبة كل منها ، فمن المصلحة
إثبات الحكم القانونى عندما تتساوى أعياء دينين إذ قد يكون أحدهما وشيك السقوط بمضى المدة
ولا يقين لى الدينين قد وفى . ورأت اللجنة أن أمامها حلولاً ثلاثة : (١) أما أن تحذف عبارة
« فإذا تساوت الديون في الكلفة من هذه الديون جميعاً بنسبة كل منها » ، فإذا حصل إشكال
فأمر ذلك يكون محل تقدير القاضى . (٢) وأما أن تعدل هذه لفقرة فتكون : « فإذا تساوت
الديون في الكلفة من حساب الدين الذى يعينه الدائن » . (٣) وأما أن تنص على أن الوفاء يكون
لدين المتأخر . وبعد مناقشة هذه الحلول رأت أغلبية اللجنة الأخذ بالحل الثانى . وفي هذه الحدود
حصر النص ما يبق للدائن من خيار ، وهو بعد صاحب المصلحة في الاستيفاء . ووافق مجلس
الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنته تحت رقم ٣٤٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٢١ -
ص ٢٢٤) .

(١) التقنين المدني السابق : م ١٧٢/٢٣٥ : تستنزل المدفوعات في حالة تعدد الديون من
الدين الذى يمت المدين ، وإن لم يعين استنزلت من الدين الذى له زيادة منفعة في وفاته . (والحكم
واحد في التقنينين السابق والجديد ، فيما عدا أن التقنين الجديد أضاف أنه إذا تساوت الديون
في الكلفة فالمدفوع يكون من حساب الدين الذى يعينه الدائن . ويصل بهذه الإضافة من وقت
نفاذ التقنين الجديد - أى من ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ - والعبارة بوقت الدفع ، فإن كان قبل
١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ فالتقنين القديم هو الذى يجرى ، وإلا فالتقنين الجديد) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

ويخلص من هذه النصوص أن الحاجة إلى تعيين الدين المدفوع أو إلى تعيين جهة الدفع إنما تقوم إذا كان على المدين ديون متعددة لدائن واحد (١) ، وكانت هذه الديون جميعاً من جنس واحد ، وكان المبلغ المدفوع لا يفي بجميع الديون (٢) . فيجب عند ذلك أن يتعين أى من هذه الديون المتعددة تم وفاؤه بالمبلغ المدفوع .

== التقنين المدنى السورى : م ٣٤٢ - ٣٤٣ (مطابقتان المادتين ٣٤٤ - ٣٤٥ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى الليبى : م ٣٣١ - ٣٣٢ (مطابقتان المادتين ٣٤٤ - ٣٤٥ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى : م ١/٣٩٣ : إذا دفع المدين أحد دينين واجبين فى ذمته ، وكان أحدهما مطلقاً والآخر مشمولاً بكفالة أو برهن ، أو كان أحدهما قرضاً والآخر ثمن مبيع ، أو كان أحدهما مشتركاً والآخر خاصاً ، أو كان الدينان متباينين بوجه من الوجوه ، واختلف الطرفان فى وجهة الدين ، يعتبر قول المدين فى تعيين جهة الدفع . (وهذا الحكم يتفق فى مجموعه مع حكم التقنين المصرى : أنظر الأستاذ حسن الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ٢٩٥ - فقرة ٢٩٦) .

تقنين الموجبات والمقود البنائى : م ٣٠٧ : إذا كان على المدين الواحد عدة ديون لدائن واحد ، فللمدين أن يصرح عند الإيفاء بالدين الذى يريد إيفاءه - وإذا لم يصرح ، فالخيار للدائن بشرط أن يعهد إليه بلا تأخير فى سند الإيصال نفسه ، ما لم يعترض عليه المدين . (وهذا النص يتفق فى حكمه مع نص التقنين المصرى فى مشروعه التمهيدى) .

م ٣٠٨ : لخير المدينون بعض القيود : فهو إذا لم يتفق مع الدائن لا يمكنه عند الإيفاء الجزئى أن يجعل هذا الإيفاء لرأس المال قبل أن يرفى الفوائد ، ولا أن يفضل إيفاء دين غير مستحق الأداء على دين مستحق . (ويتفق هذا الحكم مع حكم التقنين المصرى) .

م ٣٠٩ : إذا يكن هناك تخصيص صريح من قبل أحد المتعاقدين وجب أن يمد الإيفاء مختصاً بالدين المستحق الأداء لا بالدين الذى لم يحل أجله ، وإذا وجدت عدة ديون مستحقة الأداء فيخصص الإيفاء بالدين الذى يكون من مصلحة المدين أن يوفيه قبل غيره ، وإلا فبالدين الذى يكون أثقل عبئاً من سواه . وعند انتفاء كل سبب آخر للتقدير يشمل الإيفاء الديون حل اختلافها بنسبة مقاديرها .

(ويتفق هذا الحكم مع حكم التقنين المصرى فى مشروعه التمهيدى) .

(١) فلا بد من سبق وجود الدين (استئناف مختلط ٣٠ يناير سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١٢٠) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن الأحكام الخاصة باستنزال الديون لا تسمى إلا فى حالة -

وظاهر من النصوص المتقدمة الذكر أن تعيين الدين المدفوع يوكل أولاً للمدين ، ثم للقانون وقد وضع لتعيينه قاعدة الدين الحال الأشد كلفة ، ثم للدائن (١) .

٤٥٣ - تعيين الدين المدفوع بواسطة المدين : لما كان المدين يملك أن يجبر الدائن على استيفاء الدين مادام الوفاء صحيحاً ، فإنه إذا تعددت الديون ، ووفى المدين بعضاً منها ، ملك بطبيعة الحال أن يعين أيّاً من هذه الديون هو المدفوع . ذلك أن الدين الذي يعينه يملك كما قدمنا أن يجبر الدائن على استيفائه ، فيملك أن يعين أنه هو الدين المدفوع (٢) .

فالمدين إذن هو الذي يعين الدين المدفوع عند الوفاء ، وكلمته هي العليا في هذا التعيين (٣) . ولكن ذلك مقيد بأن يكون التعيين حاصلًا وقت الدفع ، وبألا يكون هناك مانع اتفاق أو قانوني يحول دون هذا التعيين كما تقول العبارة الأخيرة من المادة ٣٤٤ . ويقوم المانع الاتفاق إذا كان ، عند الدفع ، اتفق الدائن والمدين على أن المدفوع هو دين معين ، فلا يملك أى من المدين ولا الدائن ، بإرادته المنفردة ، أن يعين ديناً آخر (٤) . وكذلك يقوم المانع الاتفاق إذا كان المدين والدائن قد اتفقا مقدماً قبل الوفاء على ترتيب الديون في الدفع ، فيجب حينئذ على المدين أن يسير في دفع ديونه على هذا الترتيب ،

= تعدد الديون التي تكون مستحقة لدائن واحد . أما إذا تراحم دائنون متعددون على مبلغ واحد قبل أن يحصل عليه أحدهم فعلاً ، فالأمر في ذلك . . يخضع لأحكام التوزيع بين الدائنين أو قسمة الترماء (نقض مدني ٢٨ أبريل سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١١٧ ص ٣٣٣) .

(١) ولا يجوز أن يترك التعيين لحضر تحكم أحد الطرفين بحسب الظروف (استئناف مختلط ٣٠ يناير سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١٢٠) .

(٢) استئناف مختلط ٥ يولييه سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٣١٣ .

(٣) وكالمدين في تعيين جهة الدفع الكفيل (استئناف مختلط ٢٦ مايو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٤٥) .

(٤) استئناف وطني ٢٤ نوفمبر سنة ١٨٩٤ انقضاء ١ ص ٢٣٣ — استئناف مختلط ٢٧

ديسمبر سنة ١٩٤٤ م ٥٧ ص ٢٣ .

ولا يملك عند الوفاء أن يعين ديناً غير الدين الواجب الدفع وفقاً للترتيب المتفق عليه (١) .

أما المانع القانوني فيقوم في الأحوال الآتية (٢) : (١) لا يجوز للمدين أن يعين جهة الدفع ديناً لم يحل أجله إذا كان الأجل لمصلحة الدائن ، فإن الدائن لا يجبر في هذه الحالة على استيفاء الدين ما دام الأجل لمصلحته ولم يقبل النزول عنه . (٢) ولا يجوز للمدين أن يعين جهة الدفع ديناً أكبر قيمة من المبلغ المدفوع ، لأنه يكون في هذه الحالة قد أجبر الدائن على قبول وفاء جزئي ، والدائن لا يجبر كما قلنا على قبول الوفاء الجزئي . (٣) ولا يجوز أخيراً ، إذا كان الدين المدفوع يشتمل على فوائد ومصرفات ، أن يجعل المدين المبلغ المدفوع من أصل الدين أولاً قبل المصروفات والفوائد ، فسرى أن الواجب قانوناً في هذه الحالة أن يستنزل المبلغ المدفوع أولاً من المصروفات ثم من الفوائد ثم من أصل الدين (٢) .

فاذا لم يوجد مانع اتفاق أو قانوني ، كان المدين حراً في تعيين الدين المدفوع . فله أن يصرح وقت الوفاء أن الدين الذي يدفعه هو الدين الذي ينتج فوائد دون الدين الذي لا ينتج فوائد طبقاً لمصلحته ، أو أنه الدين المضمون برهن أو كفالة دون الدين غير المضمون . وقد يعين الدين الذي لا ينتج فوائد إذا قدر أن مصلحته في ذلك ، بأن يكون هذا الدين مثلاً مضموناً برهن أو كفالة ، أو بأن تكون مدة التقادم فيه مدة أطول من المدة التي يتقادم بها دين آخر . وقد يعين ديناً ينتج فوائد دون دين مضمون برهن أو كفيل . ونرى من ذلك أن المدين ، في تعيينه الدين المدفوع ، ليس مقيداً بمراعاة مصلحة الغير ، فليس عليه أن يقدم في الدفع ديناً يشترك معه فيه مدينون متضامنون ، أو ديناً غير قابل للتجزئة ،

(١) استئناف مخطوط ٣٠ مايو سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٥٨ — ويجوز للطرفين ، بعد أن اتفقا على تعيين جهة الدفع ، أن يغيرا هذا التعيين باتفاق جديد فيعينا ديناً آخر جهة الدفع ، على ألا يكون في ذلك إضرار بالغير . فإذا كان الدين الذي تم الاتفاق عليه أولاً مضموناً بكفيل شخص أو عيني ، وانقضت الكفالة بتعيين هذا الدين جهة الدفع ، لم يجز للطرفين باتفاق جديد أن يعينا ديناً آخر جهة الدفع ، لأن ذلك يقترب عليه إحياء الدين الأول ورجوع الكفالة من جديد فيتضرر المكمل (أوبري وزو : فقرة ٣٢٠ ص ٢٦١) .

(٢) انظر المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢١٩ .

(٣) استئناف مخطوط ٢٨ مارس سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٣١٩ .

أو ديناً له فيه كفيل (١). فصلحته ، لامصلحة الغير ، هي التي يرهاها ، وله أن يقدم في الدفع على هذه الديون جميعاً ديناً ينتج فوائد إذ هو أثقل عبئاً عليه (٢) .

٥٤ — تعيين الدين المرفوع بواسطة القاقوه : فإذا لم يعين المدين

وقت الدفع أى دين هو الدين المدفوع ، فقد كان المشروع التمهيدى للتعيين المدين الجديدي بكل التعيين إلى الدائن بشروط معينة (٣) ، ولكن عدل ذلك في لجنة مجلس الشيوخ ، ووكل التعيين إلى القانون ، مادام المدين وقت الدفع لم يعين بنفسه الدين المدفوع ، وعلى هذا سار التعيين الجديد .

(١) استئناف مخطوط ١١ يناير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٨٤ — ٢٦ مايو سنة ١٩٢٢ م ٤٤ ص ٣٤٥ — ٢٦ فبراير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١٦٨ — ١٠ فبراير سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١٠٦ .

(٢) وكل هذا مقيد بالا يتصف في استعمال حقه في تعيين الدين المدفوع إضراراً بحقوق الغير ، ككفيل شخصي أو عيني (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٠٣ ص ٦١٠) . وقد قدمنا أن المدين يجب أن يعين جهة الدفع عند الوفاء لابعده ، وإلا كانت جهة الدفع هي التي يعينها القانون ، أى الدين الحال الأشد كلفة على المدين (استئناف مخطوط ١١ يونيو سنة ١٩٢١ م ٢٣ ص ٣٧٨ — ٨ مايو سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٣٦٢) .

ومتى عين جهة الدفع ، فلا يجوز له أن يعدل عن هذا التعيين ليعين جهة أخرى دون رضا الدائن أو إضراراً بحقوق الغير (استئناف مخطوط ١٤ مارس سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٩٧) . (٣) وقد رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ٤٨١ من المشروع التمهيدى كانت تنص على ما يأتي : « فإذا لم يعين المدين الدين ، خصم ما أده من حساب الدين الذي يعينه الدائن في الخالصة ، إلا إذا اعترض المدين فوراً على هذا التعيين ، أو كان التعيين قد صدر عن غش أو مباغة من الدائن » (انظر تاريخ نص المادة ٣٤٤ مدني أيضاً فقرة ٤٥٢ في الأحاش) . وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في خصوص هذه الفقرة الملقاة ما يأتي : « فإذا لم يعين المدين الدين الذي يريد قضاءه ، كان الدائن نفسه أن يتولى التعيين في الخالصة مثلاً ، إلا أن هذا التعيين لا يفيد المدين إلا إذا سكت عن الاعتراض عليه . بيد أنه يتعين على الدائن ألا يتوصل بالديس أو المباغة لا بتمات هذا السكوت ، أو القبول الضمني بمباراة أخرى — ويتضح من ذلك أن تعيين المدين يعتبر من قبيل ما ينقذ من التصرفات بارادة منفردة ، في حين أن تعيين الدائن تماثل لايم إلا بتلاق إرادتين » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢١٩ — ص ٢٢٠) . وهذه الفقرة الملقاة كانت تتضمن الحكم الذي تضمنته المادة ١٢٥٥ من التعيين المدني الفرنسي (انظر في تفسير هذه المادة في التعيين الفرنسي ١ بودرى وبود ٢ فقرة ١٥٨٤ — فقرة ١٥٨٧ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٠٤) .

وقد وضع هذا التقنين قاعدة لتعيين الدين المدفوع في هذه الحالة ، فقرر في المادة ٣٤٥ أنه إذا لم يعين الدين المدفوع ، كان الخصم من حساب الدين الذي حل ، فإذا تعددت الديون الحالة فن حساب أشدها كلفة على المدين (١) .

ونرى من ذلك أن الديون المتعددة إذا كان بعضها قد حل وبعضها لم يحل ، فإن القانون يفترض ، متمشياً في ذلك مع الإرادة الضمنية لكل من الدائن والمدين ، أن الدين المدفوع هو الدين الذي حل أجله لا الدين الذي لم يحل (٢) ، سواء في ذلك كان الأجل لمصلحة الدائن أو لمصلحة المدين أو لمصلحتهما معاً . والقانون لا يشترط في تأخير الدين المؤجل أن يكون الأجل لمصلحة الدائن إلا في حالة ما إذا تولى المدين وقت الوفاء تعيين الدين المدفوع ، فقد رأينا أنه لا يستطيع أن يعين ديناً لم يحل أجله إذا كان الأجل لمصلحة الدائن .

فإذا تعددت الديون الحالة (٣) ، افترض القانون أن المدين ، وهو الذي يملك في الأصل تعيين الدين المدفوع ، قد دفع الدين الأشد كلفة عليه لأن هذه هي مصلحته . ومعرفة أى الديون أشد كلفة على المدين مسألة واقع تقدرها محكمة الموضوع بلا معقب عليها من محكمة النقض (٤) . والواضح أن الدين الذي ينتج فائدة هو أشد كلفة على المدين من الدين الذي لا ينتج فائدة . وبين الديون

(١) استئناف وطني ٢٣ فبراير سنة ١٨٩٧ الحقوق ١٢ ص ٢٤٩ - ٢٥ فبراير سنة ١٨٩٧ الحقوق ١٢ ص ١٠٦ - استئناف مخطوط ٢٧ مايو سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢٥٨ .

(٢) استئناف مخطوط ١٥ أبريل سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٢٧٦ - ذلك أن المفروض هو أن المدين أراد الوفاء بالدين الحال فهو الذي يستطيع الدائن أن يطالب به ، والمفروض كذلك أن الدائن أراد استيفاء الدين الحال فهو الذي يستطيع إجبار المدين على دفعه . ومن ثم لا يصح أن تكون جهة الدفع التزاماً طبيعياً ، لأن الالتزام الطبيعي لا يمكن إجبار المدين على دفعه . كذلك تكون جهة الدفع هي الدين الحال حتى لو كان هذا الدين لا ينتج فوائد وكان الدين غير الحال هو الذي ينتجها ، ولا عبرة هنا بمصلحة المدين أو بالدين الأشد كلفة ما دامت جهة الدفع تتورق بين دين حال ودين غير حال (ديمولومب ٢٧ فقرة ٤٦ - حيك ٨ فقرة ٨٤ - بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٨٩) .

(٣) أو كانت الديون كلها لم تحل ، وعندئذ لا مجال لتقديم دين حال ، وإنما يقدم الدين الأشد كلفة على المدين ، لا الدين الذي يحل أولاً ، لأن هذه هي مصلحة للمدين فتصرف إليها إرادة المدين المفترضة (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٩٠ مكررة ثانياً) .

(٤) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٩٠ مكررة أولاً .

التي تنتج فوائد أشدها كلفة الدين المضمون بكفيل أو برهن أو بأى تأمين آخر ، لأن المدين إذا وفى هذا الدين لم يقتصر على إبراء ذمته نحو الدائن ، بل هو يبرئ ذمته فى الوقت ذاته نحو الكفيل أو هو يفك الرهن أو يزيل التأمين (١) . وكذلك الدين المضمون بدعوى غشخ ، كضمن المبيع ، أشد كلفة من الدين المطلق غير المضمون بهذه الدعوى ، كدين قرض غير مضمون بتأمين . والدين الذى لا يتقدم إلا بجملة طويلة أشد كلفة من الدين الذى يتقدم

(١) استئناف مخطوط ١٤ يونيه سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٢٩ - ١٣ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٩١ - وانظر أيضاً المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٢٢٢ . أما إذا كان الدين مضموناً فى جزء منه دون الجزء الآخر ، فإن جهة الدفع تنصرف إلى الجزء غير المضمون . ذلك أن الدائن ما كان ليقبل الوفاء الجزئى ، وهو لا يجبر عليه ، لو أن الوفاء وقع على الجزء المضمون . فهو إذا قبل هذا الوفاء الجزئى ، فلأنه يستوفى به الجزء غير المضمون من الدين ، مستقيماً الجزء المضمون إذ هو موثق بالضمان (انظر فى هذا المعنى بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٠٦ - بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٥٣٣ - بلانيول وريبير وبولانجي ٢ فقرة ١٥٩٠) . وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « وقد يقع أن يكون شق من الدين مضموناً بتأمين خاص ، وفى هذه الحالة يخضع ما يؤدى من حساب هذا الشق أو من حساب الشق المضمون وفقاً لنية المتعاقدين . فإذا لم تكن نية صريحة أو ضمنية ، فالمفروض أن الدائن لا يقبل الوفاء الجزئى إلا على أن يخضع من حساب الشق غير المضمون . وقد أقرتقنين الالتزامات السويسرى هذا الحكم ، فنص فى الفقرة الثانية من المادة ٨٥ على أنه : إذا كان الدائن قد حصل على كفالة أو رهن أو أى تأمين آخر لضمان شق من الدين ، فليس للمدين أن يخضع الوفاء الجزئى من حساب الشق المضمون من هذا الدين أو من حساب الشق الأوفى ضماناً منه » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢١٧) . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا كان الدين مكفولاً فى جزء منه ، فإن جهة الدفع فى الوفاء الجزئى إنما تنصرف إلى الجزء غير المكفول (استئناف مختلط ٢١ نوفمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٥٧) . على أن هذا الحكم مقصور على ما إذا كان الدين مضموناً فى جزء منه . أما إذا كان هناك دينان مستقلان أحدهما عن الآخر ، وكان دين منهما مضموناً والآخر غير مضمون ، فجهة الدفع تنصرف إلى الدين المضمون ، لأن المدين كان يستطيع إجبار الدائن على استيفاء هذا الدين ، بخلاف الجزء المضمون من الدين فلم يكن المدين يستطيع إجبار الدائن على استيفائه إذ يكون هذا وفاء جزئياً لا يجبر الدائن على قبوله . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا كان هناك دينان مستقلان أحدهما مكفول والآخر غير مكفول ، كان الوفاء للدين المكفول (استئناف مختلط ٢٤ مارس سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٠٦) . وقضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن الدين المكفول أشد كلفة (٢٨ يناير سنة ١٨٩٧ قضاء ٤ ص ٢٤٩) - وقضت أيضاً بأن الدين المضمون بحق اختصاص أشد كلفة (١٣ مارس سنة ١٩١٤ الجمعية الرسمية ١٥ رقم ١٠٦ ص ٢٠٢) .

بمدة قصيرة . والدين الثابت في سند تنفيذي أشد كلفة من الدين الذي يتقصه هذا السند (١) . على أن تقدير أى الديون هو أشد كلفة على المدين يرجع فيه إلى ظروف المدين ذاتها ، ومن ثم يكون الأمر موكولا إلى محكمة الموضوع كما تقدم القول .

٤٥٥ - تعيين الدين المرفوع بواسطة المرائع : فإذا تعددت الديون

الحالة ، وتعادلت جميعاً في عبئها على المدين فلم يمكن استخلاص أيها أشد كلفة عليه ليكون هو الدين المدفوع ، فقد جعل القانون القول في تعيين الدين المدفوع للدائن ، إذ تقول العبارة الأخيرة من المادة ٣٤٥ مدني : « فإذا تساوت الديون في الكلفة فن حساب الدين الذي يعينه الدائن » . والمفروض في ذلك أن المدين لم يعين وقت الوفاء الدين المدفوع ، ولم يكن هناك ترتيب متفق عليه بينه وبين الدائن ، وقد تساوت الديون في الحلول وتعادلت في العبء على المدين . فوكل القانون للدائن في هذه الحالة أن يعين الدين المدفوع ، بعد أن تخلى المدين عن هذه المهمة ولم تكن له مصلحة ظاهرة في أن يعين ديناً دون آخر ، إذ قد يكون للدائن مصلحة في استيفاء دين دون آخر . وتعيين الدائن الدين المدفوع لا يكون وقت الوفاء بل يكون بعد ذلك ، فقد قلنا أن المدين

(١) كذلك الدين المضمون بشرط جزائي أشد كلفة من الدين غير المضمون بهذا الشرط ، والدين المرفوع به دعوى أشد كلفة من دين لم يطالب به الدائن ، ودين لا نزاع فيه أشد كلفة من دين فيه نزاع (انظر في هذا كله : استئناف مختلط ٥ نوفمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٥ - ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٣٣ - تولى ٧ فقرة ١٧٩ - ديرانتون ١٢ فقرة ١٩٩ - لوران ١٧ فقرة ٦٠٢ - بودري وبارد ٢ فقرة ١٥٩٠) - وانظر المذكرة الإيضاحية للمشروع المنتهى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٢٢ .

وسع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه إذا كان المدين عليه ديئان يتضامن في أحدهما مع الغير ، فالدين . الأشد كلفة هو الدين الآخر ، لأن الدين التضامني قد لا يقصد هو أولاً في الوفاء به (٢٠ فبراير سنة ١٩٠٢ المجموعة الرسمية ٣ رقم ٩٥ ص ٢٥٠) .

وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا دفع المستأجر بعض الأقساط المتأخرة ، فالمفروض أن الدائن لم يقبل الوفاء إلا خصاً من الأقساط الأقدم ، ما لم يثبت المدين غير ذلك (١١ ديسمبر سنة ١٨٩٠ م ٣ ص ٨٢) .

هو الذى يعين الدين المدفوع وقت الوفاء ، فان لم يعينه فى هذا الوقت تكفل القانون بتعيينه وفقاً للقواعد التى أسلفناها . ثم يأتى دور الدائن فى التعيين أخيراً ، أى بعد وقت الوفاء لا فى هذا الوقت .

وقد كان المشروع التمهيدى يحمل الخصم فى الحالة التى نحن بصدددها من الديون جميعاً بنسبة كل منها ، وهذا هو الحكم الذى سار عليه التقنين المدنى الفرنسى فى المادة ١٢٥٦ ، ولكن لجنة مجلس الشيوخ عدلت عن هذا الحكم إلى جعل التعيين للدائن (١) .

والتعيين فى هذه الحالة يكون للدائن ، دون اعتبار لقدم الدين أو لحدائته (٢) ، ودون اعتبار لميعاد حلوله (٣) ، أما التقنين المدنى الفرنسى (م ١٢٥٦) فيجعل الدين المدفوع هو الدين الأقدم (la dette la plus ancienne) ، أى السابق فى الوجود لا السابق فى الحلول ، فإذا تساوت الديون فى الوجود جعل التقنين المدنى الفرنسى الخصم من الديون جميعاً بنسبة كل منها كما قدمنا (٤) .

(١) وقد رأينا أن العبارة الأخيرة من المادة ٤٨٢ من المشروع التمهيدى كانت تجرى على الوجه الآتى : « فإذا تساوت الديون فى الكلفة ، فن هذه الديون جميعاً بنسبة كل منها » (انظر تاريخ نص المادة ٣٤٥ آنفاً فقرة ٤٥٢ فى الحاشى) . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى خصوص هذه العبارة ما يأتى : « فإن لم تتفاوت فى الشدة فن حسابها جميعاً بنسبة كل منها . وعنى عن البيان أن هذه القوانين تتمشى مع المعلوم ، وهى بعد مقرر فى نصوص التقنين الحالى (السابق) . وقد وردت فى نصوص بعض التقنينات قرائن أخرى ، منها ما يجعل البدانة للدين الأقل ضماناً ، ومنها ما يجعلها للدين الأقدم نشوئاً أو استحقاقاً ، ولكن هذه القوانين تستهدف جميعاً للتفرد من وجوه » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٢٢) .

(٢) قارن : استئناف مخطوط ١٩ مايو سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١٩٩ - ومع فقد قضت محكمة استئناف مصر فى عهد التقنين المدنى السابق أن الديون التى للمدين زيادة منفعة وفائدها الديون التى قد يجبر على أدائها بالجلس أو الديون المقرر عليها فائدة أكبر أو التى لها حق امتياز أو حق رهن . ومن المقرر أيضاً أنه فى حالة تمارض جملة ديون ، للمدين زيادة منفعة فى أدائها ، يجب أن يحصل الاستئصال من أنفسها (٢٠ نوفمبر سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٤٣ ص ٦٤) . انظر أيضاً : استئناف مخطوط ٤ فبراير سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ١٠٥ - ٢٥ مايو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٤٥ - وقارب : ٥ مايو سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٥٢ .

(٣) انظر : استئناف مخطوط ١١ يونيو سنة ١٩٢١ م ٢٣ ص ٣٧٨ .

(٤) انظر بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٩٢ - فقرة ١٥٩٤ - بلانويول ورييه ودهوان

المبحث الثاني

ما يتبع الشيء الموفى به من ملحقات

٤٥٦ - الفوائد والمصروفات ونفقات الوفاء - التصوص القانوني :

وقد يتبع الشيء الموفى به ملحقات ، وهذه هي الفوائد والمصروفات ، ولا بد من وفائها مع أصل الدين على نحو معين نص عليه القانون . كذلك يحمل القانون المدين نفقات الوفاء ، فلا بد من دفعها مع الدين ذاته . ونورد هنا التصوص القانونية الخاصة بهذه المسائل :

تنص المادة ٣٤٣ من التقنين المدني على ما يأتي :

« إذا كان المدين ملزماً بأن يوفى مع الدين مصروفات وفوائد ، وكان ما أداه لا يفي بالدين مع هذه الملحقات ، خصم ما أدى من حساب المصروفات ، ثم من الفوائد ، ثم من أصل الدين ، كل هذا ما لم يتفق على غيره (١) » .

— ولا يكون دليلاً على تقديم دين في الدفع أن يكون المبلغ المدفوع مادلاً لهذا الدين (بودي وبارد ٢ فقرة ١٥٩٢) .

ويلاحظ أن المادة ١٨٤٨ مدني فرنسي تقضي بأنه إذا كان الشريك هو والشركة معاً دائنين لمدين واحد ، وقبض الشريك مبلغاً من المدين ، وجب أن يخصم هذا المبلغ من الدين الذي له والدين الذي للشركة بنسبة مقدار كل منهما ، حتى لو كتب في الحالصة أن المبلغ كله يخصم من الدين الذي له . أما إذا كتب أن المبلغ كله يخصم من الدين الذي للشركة ، صح ذلك . ويسرى هذا الحكم في شأن كل نائب يكون هو والأصيل دائنين لمدين واحد (بنسار Ponsard في أنسيكلوبيدي دالورز ٣ لفظ paiement فقرة ٢٢٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٤٨٠ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق

لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٠٠ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٣٤٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢١٦ — ص ٢١٨) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ١٧٣/٢٢٦ ، وكانت تجري على الوجه الآتي : « يبدأ الاستنزال بالمصاريف والفوائد قبل الخصم من رأس المال » . وهو حكم مطابق لحكم التقنين المدني الجديد .

وتنص المادة ٣٤٨ على ما يأتي :

« تكون نفقات الوفاء على المدين ، إلا إذا وجد اتفاق أو نص يقضي

بغير ذلك (١) » .

٤٥٧ — الفرائر والمصروفات : إذا تضمن الشيء الموفى به ملحقات —

وأكثر ما تكون هذه الملحقات هي الفوائد والمصروفات — أصبح الدين

— ويقابل في التقنيات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٣٤٠ (وهي مطابقة المادة ٣٤٣ من التقنين المدني المصري) — وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٣٠ (وهي أيضاً مطابقة المادة ٣٤٣ من التقنين المدني المصري) — وفي التقنين المدني العراقي المادة ٢/٣٩٣ (وهي كذلك مطابقة المادة ٣٤٣ من التقنين المدني المصري) — وفي تقنين الموجبات والمقود البنائي المادة ٣٠٨ ، وتجري على الوجه الآتي : « لخيار المدين بعض القيود : فهو إذا لم يتفق مع الدائن لا يمكنه عند الايفاء الجزئي أن يحمل هذا الايفاء لرأس المال قبل أن يوفى الفوائد . . . » (والحكم متفق مع حكم التقنين المصري ، وإن أغفل ذكر المصروفات ، ولكن المصروفات تدفع قبل الفوائد طبقاً لقواعد العامة) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٤٨٥ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي :

« تكون نفقات الوفاء على المدين ، إلا إذا وجد اتفاق يقضي بغير ذلك . على أنه إذا زادت هذه النفقات لسبب يرجع إلى الدائن ، فهو الذي يتحمل هذه الزيادة » . وفي لجنة المراجعة حذفت العبارة الأخيرة من المادة لأنها « حكم تفصيل مستفاد من القواعد العامة » . وأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وأصبح رقمه ٣٦٠ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٣٤٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٣٠ — ص ٢٣١) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ٢٣٤/١٧١ ، وكانت تجري على الوجه الآتي : « مصاريف الوفاء تكون على المتهمة » . وهو حكم متفق مع حكم التقنين المدني الجديد . ويقابل هذا النص في التقنيات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٣٤٦ (وهي مطابقة للمادة ٣٤٨ من التقنين المدني المصري) — وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٣٥ (وهي أيضاً مطابقة للمادة ٣٤٨ من التقنين المدني المصري) — وفي التقنين المدني العراقي المادة ٣٩٨ ، وتجري على الوجه الآتي : « نفقات الوفاء على المدين ، إلا إذا وجد اتفاق أو حرف أو نص يقضي بغير ذلك » . والحكم متفق مع حكم التقنين المصري — وفي تقنين الموجبات والمقود البنائي المادة ٣٠٤ ، وهي تجري على الوجه الآتي : « تكون نفقات الايفاء على حائقي المدين » . والحكم متفق مع حكم التقنين المصري ، وما ورد في هذا التقنين الأخير من جواز الاتفاق أو النص على ألا تكون نفقات الايفاء على حائقي المدين يعمل به دون شك في لبنان . دون حاجة إلى نص خاص ، لأنه تطبيق لقواعد العامة .

وملحقاته كلاً لا يقبل التحزئة ، ولم يجز للمدين بغير رضا الدائن أن يوفى بأصل الدين وحده أو بالفوائد وحدها أو بالمصروفات وحدها ، فإن هذا كله يكون وفاء جزئياً لا يجبر الدائن على قبوله . بل يجب على المدين ، إذا كان أصل الدين قد حل مع فوائده ، أن يدفع الدين والفوائد والمصروفات جميعاً في وقت واحد لأن هذا كله دين واحد لا يتجزأ عند الوفاء (١) .

على أن الدائن قد يقبل من المدين وفاء جزئياً ، وفي هذه الحالة ، إذا لم يوجد اتفاق على ترتيب آخر ، ينخص المبلغ المدفوع من الدين وفوائده ومصروفاته على الترتيب الآتي : (١) ينخص أولاً من المصروفات (٢) . (٢) فإن بقي شيء من المبلغ المدفوع بعد الوفاء بالمصروفات ، خصم من الفوائد (٣) . (٣) فإن بقي بعد ذلك شيء من المبلغ المدفوع ، خصم من أصل الدين (٤) . تلك هي مصلحة الدائن ، والمفروض أن الدائن لم يقبل الوفاء الجزئي إلا وفقاً لمصلحته هو لا وفقاً لمصلحة المدين (٥) .

٤٥٨ — نفقات الوفاء : ونفقات الوفاء غير نفقات الدين ، فهذه قد صرفت في سبيل إنشاء الدين ، أما الأولى فقد صرفت في سبيل الوفاء به . والافتتان يتحملهما المدين ، ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك . وعلى المدين أن يفي بالدين وفوائده ومصروفاته ومصروفات الوفاء حملة واحدة ، فإذا لم

(١) وهذا بخلاف ما إذا كانت هناك ديون متعاقبة ، كإسقاط أو أجرة من مدد متتالية ، فالديون هنا متعددة ، ويجوز للمدين إجبار الدائن على استيفاء كل منها على حدة (انظر آنفاً فقرة ٤٥٠) .

(٢) استثناءات مخطط ٣١ يناير سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٣٥ — وتشمل المصروفات نفقات فك الرهن الضامن للمدين المدفوع (استثناءات مخطط ٣٠ ديسمبر ١٩١٥ م ٢٨ ص ٨٥ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥١٤ مكررة ثالثاً) .

(٣) وتشمل الفوائد التأخيرية منها والتعويضية (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٨٠) .

(٤) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢١٧ .

(٥) استثناءات مخطط ٩ مارس سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ١٦٥ — ١٩ يناير سنة ١٨٩٣ م ٥

ص ١١٧ — وإذا دفع المدين مبلغاً لتخصه من المصروفات والفوائد ، وزاد المبلغ المدفوع على ما هو مستحق من ذلك ، خصم الزائد من أصل الدين فلا يسترد المدين (بودرى وبارد ٢ فقرة

١٥٨٢ ص ٦٨٦) .

يوف بها كاملة لم يجبر الدائن على قبول هذا الوفاء الجزئي .
ومن أمثلة نفقات الوفاء نفقات إرسال الدين إلى الدائن ، ونفقات الغخالصة ،
ونفقات الشيك أو حوالة البريد ، ونفقات الوزن والعد والكيل ، فهذه كلها
يتحملها المدين ما لم يتفق على أن الدائن هو الذى يتحملها (١) .
وكما قد يقضى الاتفاق بأن تكون نفقات الوفاء على الدائن ، كذلك قد
يقضى القانون بهذا . مثل ذلك حالة ما إذا عرض المدين على الدائن الدين
عرضاً حقيقياً وأودعه على ذمته ، فإن نفقات العرض والإيداع تكون على
الدائن : انظر المادة ٣٣٥ مدنى وقد سبق ذكرها (٢) .

الفرع الثانى

الزمان والمكان اللذان يتم فيهما الوفاء

المبحث الأول

الزمان الذى يتم فيه الوفاء

٤٥٩ - النصوص القانونية : تنص المادة ٣٤٦ من التقنين المدنى

على ما يأتى :

-
- (١) المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٣٠ -
بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥١٢ - بلانبول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٦٥ ص ٥٦٧ -
وإذا كانت نفقات التسليم على المدين ، فإن نفقات التسليم على الدائن (بودرى وبارد ٢ فقرة
١٥١٣) . فإذا كان الدين واجب الدفع فى موطن المدين ، فإن نفقات إرساله إلى موطن
الدائن تكون على الدائن (استئناف مختلط ٨ مارس سنة ١٩٤٣ م ٥٦ ص ٨) .
(٢) ومثل ذلك أيضاً ما إذا زادت النفقات لسبب يرجع إلى الدائن ، فإن القانون يقضى فى
هذه الحالة بأن الدائن هو الذى يتحمل هذه الزيادة لأنه هو المتسبب فيها بخطأه . فإذا أضعاف الدائن
لشيك الذى حرره له المدين ، واقتضى الأمر الإعلان عن الشيك الضائع وتحرير شيك جديد ،
فإن المعروفات الزائدة تكون على الدائن . وقد كان المشروع التمهيدى يشمل على عبارة فى هذا
المدنى حذف فى لجنة المراجعة اكتفاء بتطبيق القواعد العامة (انظر تاريخ نص المادة ٣٤٨
آتفاً فقرة ٤٥٦ فى الهامش) .

١ - يجب أن يتم الوفاء فوراً بمجرد ترتب الالتزام نهائياً في ذمة المدين ، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك .

٢ - على أنه يجوز للقاضي في حالات استثنائية ، إذا لم يمنعه نص في القانون ، أن ينظر المدين إلى أجل معقول أو آجال ينفذ فيها التزامه ، إذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم (١) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ١٦٨/٢٣١ (٢) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٣٤٤ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٣٣ - وفي التقنين المدني العراقي

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٤٨٣ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى :

« يجب أن يتم الوفاء فوراً بمجرد ترتب الالتزام نهائياً في ذمة المدين ، ما لم يوجد اتفاق أو نص بغير ذلك ، ومع مراعاة ما لقاضى من حق في إمهال المدين . » وفي لجنة المراجعة جعلت المادة من فقرتين ، وعصمت للفقرة الثانية لنظرة الميسرة ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وأصبح رقمه ٣٥٨ في المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ اعترض على الفقرة الأولى بأنها تحتم الوفاء فوراً بمجرد ترتب الالتزام نهائياً في ذمة المدين ، مع أنه من الجائز أن يترتب الدين في ذمة المدين ولكن لا يحمل أجله بسبب تعلقه بشرط أو أجل . فأجيب على هذا الاعتراض بأن المبراة الأخيرة من الفقرة الأولى قد واجهته لأنه إذا وجد اتفاق ملق على شرط أو مقرون بأجل فلا يتحم الوفاء إلا بعد حلول الأجل أو تحقق الشرط . ثم اعترض على الفقرة الثانية بأنها تعطى للقاضى رخصة منح أجل للمدين للوفاء بالتزامه إذا لم يلحق الدائن من هذا الأجل ضرر جسيم ، فالنص على قيد الضرر الجسيم يلغى الرخصة التي أعطيت للقاضى في منح المدين حسن النية من الحظ أجلاً للهداء ، ويمحى ترك الأمر للقاضى يقارن بين مصلحة الدائن ومصلحة المدين في هذه الحالة . فأجيب على الاعتراض بأن تأخير الوفاء إلى أى أجل قد يضر بالدائن ضرراً جسيماً ، كأن يكون ممولاً على استيفاء هذا الدين وإلا كان مريضاً للإفلاس ، وفي مثل هذه الحالة تكون قد أصبحت صاحب الحق بضرر جسيم وفقاً بالمدين المطالب بالالتزام . ووافقت اللجنة على بقاء المادة دون تعديل ، وأصبح رقمها ٣٤٦ ، ثم وافق عليها مجلس الشيوخ دون تعديل (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٢٥ — ص ٢٢٦) .

(٢) التقنين المدني السابق : م ٢٣١/١٦٨ : يجب أن يكون الوفاء على الوجه المتفق عليه بين المتعاقدين ، وأنه يحصل في الوقت والمحل المعينين ، وألا يكون ببعض المستحق . إنما يجوز للقضاة في أحوال استثنائية أن يأذنوا بالوفاء على أنساط بجماد لائق ، إذا لم يترتب على ذلك ضرر جسيم لأرب الدين . (والحكم متفق مع حكم التقنين المدني الجديد) .

المادتين ٣٩٤ - ٣٩٥ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المواد ٣٠٣ و ١١٥ - ١١٦ (١) .

٤٦٠ - الأصل في الالتزام أنه يؤدي فوراً : الأصل أن الالتزام متى ترتب في ذمة المدين على وجه بات نهائي، فانه يكون واجب الأداء فوراً . ففي عقد البيع يترتب في ذمة المشتري التزام بدفع الثمن ، ويترتب في ذمة البائع التزام بتسليم الشيء المبيع ، وكلا الالتزامين يترتبه في ذمة المدين ويكون واجب الأداء في الحال ، مالم يتفق المتعاقدان على غير ذلك . ولا يعتبر الالتزام قد ترتب نهائياً في ذمة المدين إذا كان معلقاً على شرط

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري : م ٣٤٤ (مطابقة لمادة ٣٤٦ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي : م ٣٣٣ (مطابقة لمادة ٣٤٦ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي : م ٣٩٤ : ١ - إذا أجل الدين أو قسط إلى أقساط مطلوبة ، فلا يجوز للدائن مطالبة المدين بالدين أو بالقسط قبل حلول أجله . ٢ - فإذا لم يكن الدين مؤجلاً ، أو حل أجله ، وجب دفعه فوراً . ومع ذلك يجوز المحكمة عند الضرورة ، إذا لم ينمها نص في القانون ، أن تنظر المدين إلى أجل مناسب إذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا ضرر جسيم . م ٣٩٥ : ١ - إذا كان الدين مؤجلاً ، فلهذين أن يدفعه قبل حلول الأجل إذا كان الأجل منسحباً لمصلحته ، ويجوز للدائن على القبول . ٢ - فإذا قضى المدين الدين قبل حلول الأجل ، ثم استحق المقبوض ، عاد الدين كما كان .

(وهذه الأحكام متفقة مع أحكام التقنين المدني المصري : انظر الأستاذ حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ٣٠٠) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني : م ٣٠٣ لا يجوز إجبار الدائن على قبول الايفاء قبل الأجل إلا إذا كان موضوعاً لمصلحة المدين وحده — وإذا لم يكن هناك أجل معين أو مستفاد ضمناً من ماهية القضية ، فيمكن تنفيذ الموجب وطلب هذا التنفيذ بلا تأخير — ويجب التنفيذ في يوم الاستحقاق مع مراعاة أحكام المادة ١٠٥ (المادة ١٠٥ : إذا كان الاستحقاق واقعاً في يوم عطلة قانونية ، أرجئ إلى اليوم التالي الذي لا عطلة فيه) .

م ١١٥ : للقاضي أن ينظر بين الاعتبار إلى حالة المدين إذا كان حسن النية ، فيمنحه مع الاحتياط الشديد مهلاً معتدلة لإيفاء الموجب ، ويأمر بتوقيف المدعاة مع إبقاء كل شيء على حاله ، ما لم يكن ثمة نص قانوني مخالف .

م ١١٦ : خلافاً للأجل القانوني لا يحول الأجل الممنوح دون إجراء المقاصة عند الانقضاء (وهذه الأحكام متفقة مع أحكام التقنين المصري) .

واقف ، بل يجب انتظار تحقق الشرط . فإذا ما تحقق ، فقد أصبح الالتزام نافذاً في الحال ، ووجب أدائه فوراً . أما الالتزام المعلق على شرط فاسخ ، فهو نافذ في الحال ، ويجب أدائه فوراً . وقد سبق بيان ذلك عند الكلام في الشرط وفي الأجل .

٤٦١- متى يترافق الوفاء بالالتزام - اتفاق أو نص في القانون:

وتقرر الفقرة الأولى من المادة ٣٤٦ مدني ، كما رأينا ، فورية أداء الالتزام ، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك .

أما الاتفاق فيقع كثيراً ، وبموجبه يكون الالتزام واجب الأداء بعد ترتبه في ذمة المدين بمدة معينة ، وهذا ما يسمى بالأجل الواقف (١) ، وقد سبق بحثه تفصيلاً عند الكلام في الأجل .

وأما نص القانون فثله ميعاد استحقاق الفوائد التأخيرية ، فقد نصت المادة ٢٢٦ مدني على أنه : « إذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود ، وكان معلوم المقدار وقت الطلب ، وتأخر المدين في الوفاء به ، كان ملزماً بأن يدفع للدائن على سبيل التعويض عن التأخر فوائد قدرها ٤٪ في المسائل المدنية و ٥٪ في المسائل التجارية . وتسرى هذه الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية بها ، إن لم يحدد الاتفاق أو العرف التجاري تاريخاً آخر لسريانها ، وهذا كله ما لم ينص القانون على غيره » . فيعيد استحقاق الفوائد التأخيرية قد عينه القانون هنا ، وهو وقت المطالبة القضائية بهذه الفوائد ، ومن هذا الوقت ترتب الفوائد في ذمة المدين ويجب الوفاء بها فوراً يوماً بيوم .

ومثل آخر لنص في القانون يعين وقت الوفاء بالالتزام النص الخاص بدفع أجرة المحكر . فقد نصت المادة ١٠٠٣ مدني على ما يأتي : « ١ - على المحكر

(١) والمفروض فيه أنه لمصلحة المدين ، فيجوز له النزول عنه والوفاء بالالتزام فوراً ، إلا إذا تبين من الظروف أنه لمصلحة الطرفين معاً ، ففي هذه الحالة لا يجوز للمدين أن يوفى الالتزام ولا للدائن أن يطلب استيفاءه إلا عند حلول الأجل (استئناف مخطوط ١٤ أبريل سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ٩٥) . وقد تقدم بيان ذلك عند الكلام في الأجل .

أن يؤدى الأجرة المتفق عليها إلى المحكر . ٢ - وتكون الأجرة مستحقة الدفع في نهاية كل سنة ، ما لم ينص عقد التحكير على غير ذلك .

وقد يكفل القانون تحديد وقت الوفاء إلى العرف ، كما فعل في تحديد مواعيد دفع الأجرة . فقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٥٨٦ مدنى على أنه « يجب على المستأجر أن يقوم بوفاء الأجرة في المواعيد المتفق عليها ، فإذا لم يكن هناك اتفاق وجب وفاء الأجرة في المواعيد التي يعينها عرف الجهة . »

٦٢٢ - محمد القاضى وقت الوفاء - نظرة الميسرة (*) : وكما

يتكفل الاتفاق أو القانون أو العرف بتحديد وقت الوفاء ، كذلك القاضى قد يقوم هو نفسه بتحديد ميعاد الوفاء إذا أعطى للمدين أجلاً أو آجالاً يبق فيها بالدين . وهذا ما يسمى بنظرة الميسرة (délai de grâce) .

وقد وضعت الفقرة الثانية من المادة ٣٤٦ مدنى المبدأ العام والشروط الواجب توافرها لنظرة الميسرة ، وستفصل ذلك فيما يلى . وطبقت المادة ٩٨٢ مدنى نظرة الميسرة تطبيقاً خاصاً فيما يتعلق باسترداد المصروفات ، فنصت على أنه « يجوز للقاضى بناء على طلب المالك أن يقرر ما يراه مناسباً للوفاء بالمصروفات المنصوص عليها في المادتين السابقتين . وله أن يقضى بأن يكون الوفاء على أقساط دورية بشرط تقديم الضمانات اللازمة . وللمالك أن يتدخل من هذا الالتزام إذا هو عاجل مبلغاً يوازى قيمة هذه الأقساط مخصوماً منها فوائد لها بالسعر القانونى لغاية مواعيد استحقاقها . » وطبقت المادة ٩٢٧ مدنى نفس الحكم في التمويض

* مراجع : لاباتى (Labatut) في نظرة الميسرة رسالة من تولوز سنة ١٩٢٧ - جودان دى لاجرانج (Gaudin de Lagrange) في أزمة العقد ومهمة القاض رسالة من مونبليه سنة ١٩٣٥ - ميلويك (Miloac) رسالة من باريس سنة ١٩٣٦ - دفر (Deveau) في نظرة الميسرة في التفتين المدنى وفي التشريع المعاصر رسالة من باريس سنة ١٩٣٧ - بانزيه (Pansier) في نظرة الميسرة رسالة من مونبليه سنة ١٩٣٧ - سارا كاربه (Sarah Carré) رسالة من باريس سنة ١٩٣٨ - رولان تكسيه (Roland Texier) في نظرة الميسرة رسالة من باريس سنة ١٩٣٨ - لورين (Laurain) في نظرة الميسرة وتقرير ليهون رسالة من بورده سنة ١٩٤٠ .

المستحق لمن أقام منشآت بمواد من عنده على أرض مملوكة للغير .
ونبحث نظرة الميسرة في مسائل ثلاث : (١) شروط منح القاضى لنظرة
الميسرة (٢) الآثار التى تترتب على نظرة الميسرة (٣) سقوط الأجل فى نظرة
الميسرة (١) .

٤٦٣ - شروط منح القاضى نظرة الميسرة : يتبين من نص الفقرة
الثانية من المادة ٤٣٦ مدنى أن هناك شروطاً أربعة ، إذا توافرت جاز للقاضى
أن يمنح المدين نظرة الميسرة . ويتبين أيضاً أن الأمر فى نظرة الميسرة يرجع
إلى تقدير قاضى الموضوع ، وأن القاضى قد يمنح المدين نظرة الميسرة سواء أثناء
نظر الدعوى التى يرفعها الدائن على المدين يطالبه بالدين أو أثناء إجراءات التنفيذ
التي يباشرها الدائن بموجب سند رسمى ، وأن جواز منح القاضى لنظرة الميسرة
أمر من النظام العام لا يجوز الاتفاق على سلب القاضى إياه .
أما الشروط الأربعة الواجب توافرها حتى يجوز للقاضى منح المدين نظرة
الميسرة فهي :

(١) أن تكون حالة المدين تستدعى أن يمنحه القاضى نظرة الميسرة . فيجب
أن يكون حسن النية فى تأخره فى الوفاء بالتزامه ، بأن يكون عاثر الحظ لا متعمداً
عدم الوفاء ولا مقصراً فى ذلك . ولا يجوز أن يكون معسراً ، ولا فلا جدوى
من منحه هذه النظرة . بل يجب أن يكون عنده من المال ما يكتفى للوفاء بالتزامه ،
وليس فى مقدوره موقتاً أن يبيع هذا المال ليقوم بالوفاء ، كأن يكون المال عقاراً
أو متقولاً يتعذر بيعه فى الحال ، فيطلب المدين مهلة حتى يتسع له الوقت اللازم
لذلك . أو يكون للمدين موارد يقتضيها فى مواعيد متعاقبة ، كأجر عمله أو ربح
ملكه ، وهى كافية للوفاء لو قسط القاضى عليه الدين (٢) .

(١) انظر فى تاريخ نظرة الميسرة فى القانون الفرنسى القديم وكيف انتقلت إلى التقنين المدنى
الفرنسى بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٨٢ - فقرة ١٤٨٤ .
(٢) ويقول بودرى وبارد إن العناصر الرئيسية التى يقدر القاضى بمقتضاها حالة المدين ،
ليتعرف هل تستدعى هذه الحالة نظرة الميسرة ، هى حسن نية المدين ، ورغبته فى الوفاء بدينه ،
وأن الضيق الذى أحاط به أمر موقت ، وأن موارده كافية فى النهاية للوفاء بدينه ، وأنه يتصرف =

(٢) ألا يصيب الدائن من جراء منح المدين نظرة الميسرة ضرر جسيم .
فاذا كان في نظرة الميسرة ما يصيب الدائن بضرر جسيم ، كأن يكون قد اعتمد
على استيفاء الدين لئى هو ديناً عليه لا يستطيع التأخر في الوفاء به ، أو كانت
نظرة الميسرة تقوت عليه صفقة يعود فوائدها عليه بضرر جسيم ، فليس من العدل
إغاثة المدين عن طريق الإضرار بالدين (١) .

(٣) ألا يقوم مانع قانونى من نظرة الميسرة . ومن النصوص القانونية
التي تحول دون منح نظرة الميسرة ما نصت عليه المادة ١٥٨ مدنى من أنه « يجوز
الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائى
عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه ، وهذا الاتفاق لا يعنى من الإعذار
إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحة على الإعفاء منه » . ففى هذه الحالة لا يجوز
للقاضى أن يمنع المدين أجلاً للوفاء . ومثل ذلك أيضاً ما نصت عليه
المادة ٤٦١ مدنى من أنه « فى بيع العروض وغيرها من المنقولات ، إذا اتفق
على ميعاد لدفع الثمن وتسلم المبيع ، يكون البيع مفسوخاً ، دون حاجة إلى
إعذار ، إن لم يدفع الثمن عند حلول الميعاد ، إذا اختار البائع ذلك ، وهذا
مالم يوجد اتفاق على غيره » . فهذا النص يمنع القاضى من منح المشتري
نظرة الميسرة إن تأخر فى دفع الثمن عند حلول الميعاد . ومثل ذلك أحيراً
مانع عليه التقنين التجارى من عدم جواز منح نظرة الميسرة للمدين بموجب
كبيالة ، فقد نصت المادة ١٥٦ من هذا التقنين على أنه « لا يجوز للقضاة أن
يعطوا مهلة بدفع قيمة الكبيالة » . ويسرى هذا الحكم أيضاً على السندات
الإذنية والسندات لحاملها (م ١٨٩ تجارى) .

(٤) أن يكون الأجل الذى يمنحه القاضى للمدين فى نظرة الميسرة أجلاً

— من التدابير ما يسر له هذا الوفاء ، وأنه وفى فعلاً ما أمكنه الوفاء به من الدين ، وأن الوفاء
فوراً بكل الدين يلحق به ضرراً جسيماً ، وأنه قدم للدائن الضمان الكافى للحصول على حقه ،
ثم ما عسى أن يوجد بين المدين والدائن من وشائج القرابة أو الصبر أو المودة ، وما عسى أن
يكون للمدين عند الدائن من أياد سابقة (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٩١ ص ٥٨٨ - ص ٥٨٩) .

(١) استئناف وطلب ١١ أبريل سنة ١٩٢٣ المحامية ٤ رقم ٢٣ ص ٣٠ - بودرى وبارد ٢
فقرة ١٤٩١ ص ٥٨٩ .

مقبولا . فلا يجوز أن يمنح القاضي المدين أجلا طويلا يعطل فيه على الدائن حقه ، بل يجب أن يقاس الأجل بقدر ما هو ضروري ليمكن المدين من الوفاء . وقد حدد التقنين المدني الفرنسي - ١٢٤٤/٢ من هذا التقنين بعد تعديلها (١) - هذا الأجل بمالا يزيد على سنة واحدة . ولا يوجد في التقنين المدني المصري نص يضع هذا الحد الأقصى للأجل ، ومن ثم فالأمر متروك لتقدير القاضي . ولكن السنة أجل يبلغ من الطول قدراً لا يظن معه أن القاضي في مصر يمنح أجلا أطول ، إلا إذا اقتضت ذلك ظروف استثنائية خاصة . هذا ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا متعاقبة لأجلا واحداً ، بأن يقسط الدين على أقساط يلاحظ في مواعيدها وفي مقاديرها قدرة المدين على الوفاء .

فاذا ما توافرت هذه الشروط الأربعة (٢) ، جاز للقاضي أن يمنح المدين هذا الأجل أو هذه الآجال المعقولة . والأمر في النهاية يرجع إلى تقديره ، فهو الذي ينظر ، حتى بعد توافر هذه الشروط ، إن كان ثمة ما يستدعي منح المدين نظرة الميسرة . وتقديره في ذلك تقدير نهائي ، لا معقب عليه من محكمة النقض (٣) . ولا يتال المدين من القاضي نظرة الميسرة إلا في أثناء الدعوى التي رفعها

(١) وقد عدل هذا النص بقانون ٢٥ مارس ١٩٣٦ ، ثم بقانون ٢٠ أغسطس سنة ١٩٣٦ . وهذا القانون الأخير هو الذي جعل الأجل الممنوح للمدين لا يجوز أن يزيد على سنة واحدة (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٠١٨ ص ٣٥٨ - ص ٣٥٩ - بلانيول وريبير وبولانجي ٢ فقرة ١٥٢٢ - فقرة ١٥٢٣) .

(٢) ولا يجوز دون منح المدين نظرة الميسرة أن يكون الدين قد صدر به حكم مشمول بالتنفيذ المجل ، ويسرى هذا التنفيذ المجل بعد انقضاء الأجل الممنوح من القاضي (استئناف أسبوت ١٧ أبريل سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٣١٨ ص ٥٢٣) .

(٣) نقض مدني ٢٣ مارس سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٩٤ ص ٣٧٣ - ٢٥ مايو سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٣٤ ص ٥٣٤ - وما دام الأمر متروكاً لتقدير القاضي ، فليس من الضروري أن يسبب حكمه يرفض منح المدين نظرة الميسرة ، بل ليس من الضروري أن يرفض صراحة الطلب الذي يتقدم به المدين في هذا الشأن ، فإدام لم يجبه إليه فإن ذلك يكون بمثابة رفض لهذا الطلب (بودري وبارد ٢ فقرة ١٤٩١ مكررة أولاً ص ٥٩١) . وغنى عن البيان أن القاضي لا يستطيع أن يمنح المدين نظرة الميسرة إلا إذا توافرت الشروط الأربعة السابق ذكرها ، فإن لم تتوافر ومنح القاضي المدين نظرة الميسرة بالرغم من عدم توافرها ، فإن الحكم يكون قد ارتكب خطأ في تطبيق القانون ويتمتع نقضه .

الدائن يطالبه فيها بالدين ، أو في أثناء مباشرة الدائن لإجراءات التنفيذ بموجب سند رضى . ففي الحالة الأولى يستطيع المدين أن يطلب من القاضى أثناء الدعوى منحه نظرة الميسرة على النحو الذى قلعناه ، بل يجوز للقاضى من تلقاء نفسه ودون طلب من المدين أن يمنحه نظرة الميسرة ، فسرى أن هذه القاعدة تعتبر من النظام العام (١) . وفي الحالة الثانية ، إذ لا يتيسر للمدين أن يطلب نظرة الميسرة في دعوى مقامة عليه ، لا يبقى أمامه إلا أن يستشكل في التنفيذ ويطلب من قاضى الإشكال منحه نظرة الميسرة بالشروط المتقدم ذكرها (٢) . أما في غير هاتين الحالتين ، أى في حالة ما إذا كان الدائن يباشر التنفيذ بموجب حكم قابل للتنفيذ ، فانه لا يجوز للمدين أن يستشكل ليطلب نظرة الميسرة ، إذ يكون الوقت قد فات وكان الواجب أن يطلب ذلك في أثناء الدعوى وقبل صدور الحكم . فاذا ما صدر الحكم دون أن يمنح للمدين نظرة الميسرة ، فليس ثمة سبيل إلى ذلك ، إذ الحكم يجب تنفيذه كما هو ، ولا يجوز لقاضى آخر أن يعدله إلا إذا كان ذلك عن طريق الطعن فيه بالأوجه المقررة قانوناً (٣) .

والتاعدة التى تقضى بجواز منح المدين نظرة الميسرة تعتبر قاعدة من النظام العام ، فلا يجوز للطرفين أن يتفقا على ألا يكون للقاضى هذا الحق (٤) . فاذا اتفقا على ذلك ، كان الاتفاق باطلا ، وجاز للقاضى بالرغم من هذا الاتفاق أن يمنح المدين نظرة الميسرة . ويجوز للمدين أن يتقدم بهذا الطلب في أية حالة كانت عليها الدعوى ، ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف ، كما يجوز للقاضى من تلقاء نفسه أن يمنح المدين نظرة الميسرة وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

(١) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٨٦ .

(٢) انظر في مناقشة هذه المسألة بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٨٩ - فقرة ١٤٩٠ .

(٣) أوبرى ورو ٤ فقرة ٣١٩ ص ٢٥٨ - بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٨٨ - وفي فرنسا جعل قانون ٢٥ مارس سنة ١٩٣٦ الاختصاص لقاضى الأمور المستحقة في منح نظرة الميسرة ، ومن ثم يجوز للمدين ، بعد صدور حكم عليه بوفاء الدين ، أن يلجأ إلى قاضى الأمور المستحقة ليطلب منحه نظرة الميسرة (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٠١٩ ص ٣٦٠ - ص ٣٦١ - بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ١٥٢٥) .

(٤) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٨٤ - فقرة ١٤٨٥ .

٤٦٤ — الاستمارة التي تترتب على نظرة الميسرة : يترتب على منع

نظرة الميسرة ما يترتب على الأجل الواقف بوجه عام :

(١) فيوقف التنفيذ حتى ينقضى الأجل الذي منحه القاضى للمدين . وإذا كان الدائن ينفذ بموجب سند رسمى ، ثم منح المدين نظرة الميسرة ، وجب وقف إجراءات التنفيذ ، وإذا استمر الدائن فيها كان ما باشره منها بعد نظرة الميسرة باطلا ولكن ما تم من إجراءات التنفيذ ، قبل منح المدين نظرة الميسرة ، يبقى قائماً حافظاً لآثاره (١) . فإذا ما انقضى الأجل الذى منحه القاضى للمدين ، ولم يوف المدين الدين (٢) ، فإن الدائن يتابع إجراءات التنفيذ من حيث تركها موقوفة ، ولا يحتاج إلى إعادته هذه الإجراءات من جديد فذلك يحشمه عناء لا محل له ويكلف المدين نفقات لا داعى لها (٣) .

وإذا كان القاضى قد قسط الدين على المدين ، بأن منحه آجالاً متعاقبة ، فإن تأخر المدين فى أى قسط من هذه الأقساط يجعل جميع الأقساط الباقية حالة ، ويستطيع الدائن أن ينفذ بها (٤) .

(٢) ولكن يجوز للدائن أن يتابع الإجراءات التحفظية ، كقطع التقادم وقيد الرهن وتجديد قيده ونحو ذلك ، فإن الأجل الواقف لا يمنع من اتخاذ هذه الإجراءات كما رأينا ، فمن باب أولى لا يمنع منها الأجل الممنوح من القاضى (٥) . وما اتخذ من إجراءات تحفظية ، كاعذار المدين (٦) ، يبقى حافظاً لآثاره .

(١) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٩٢ .

(٢) ويلاحظ إنه إذا كان الدين واجب التنفيذ فى موطن المدين ، فإنه يصبح بعد نظرة الميسرة واجب التنفيذ فى موطن الدائن . ذلك أن المدين مدهو إلى تنفيذ التزامه فى أى وقت خلال الأجل الممنوح له من القاضى ، وليس الأجل إلا حداً أقصى لموعد التنفيذ ، فيجب عليه إذن أن يمسى بالتنفيذ إلى موطن الدائن ، لا أن ينتظر حتى يأتى الدائن إلى موطنه (بلانويول وريبير وودوان ٧ فقرة ١٠٢١ ص ٢٦٤) .

(٣) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٩٢ .

(٤) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٩٨ .

(٥) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٩٤ .

(٦) بلانويول وريبير وودوان ٧ فقرة ١٠٢١ .

وهناك خلاف فيما إذا كان يجوز للدائن ، بعد منح المدين نظرة الميسرة ، أن يعثر المدين (١) وأن يحجز على ما لمدينه لدى الغير (٢) .

(٣) لنظرة الميسرة أثر نسبي ، فهو مقصور على المدين الذي منح الأجل دون غيره من المدينين ولو كانوا متضامنين معه ، مادام هؤلاء لم يمنحوا مثله نظرة الميسرة (٢) . ولكن كفيل المدين ، إذا منح المدين نظرة الميسرة ، ينتفع بذلك ، وإلا لجاز للدائن أن يرجع على الكفيل ليتقاضى منه الدين ، ولرجع الكفيل على المدين بما وفاه للدائن ، فلا تكون هناك فائدة من منح المدين نظرة الميسرة (٤) .

وأثر نظرة الميسرة مقصور كذلك على الدائن الذي حكم في مواجهته بها ، فلا يتعدى إلى الدائنين الآخرين ولو كانوا متضامنين مع الدائن الأول ، لأن الحكم على أحد الدائنين المتضامنين لا يضر بالباقي . والواجب على المدين أن يدخل كل الدائنين المتضامنين في الدعوى ، ليحصل على حكم في مواجهتهم جميعاً بمنحه نظرة الميسرة .

٤٦٥ - سقوط الأجل في نظرة الميسرة : والأجل في نظرة الميسرة يسقط بما يسقط به الأجل الاتفاق (٥) . فيسقط ، كما يسقط الأجل الاتفاق

(١) انظر في عدم جواز إظهار المدين لأن الإضرار يسوى مركزه إذ يحمله تبعه الهلاك ويحمله مسئولاً عن التعويض : بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٠٢١ .

(٢) فيقول بعض الفقهاء بعدم جواز حجز ما للمدين لدى الغير ، لأن هذا الحجز ليس حجزاً تحفظياً فموجب بل هو أيضاً في نهايته حجز تنفيذي ، ولأن الحجز يطل ما للمدين لدى الغير وقد يكون في حاجة إليه لتدبير موقفه من حيث الوفاء بالتزامه (لوران ١٧ فقرة ٥٨٤ - بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٩٥) . ويذهب فقهاء آخرون إلى جواز الحجز (توليه ٦ فقرة ٦٧٣ بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٠٢١) . وعلى كل حال لا يملك الحجز التحفظي الذي يكون موقفاً قبل منح المدين نظرة الميسرة ، فلا يملك حجز تحفظي موقع تحت يد ناظر وقف حل حصه المستحق وهو المدين (استئناف وطني ٢٨ أبريل سنة ١٩٠٣ الحقوق ٢٠ ص ٢٣١) .

(٣) وهذا على خلاف للقاعدة التي تقضي بأن ما يفيد أحد المدينين المتضامنين يفيد الباقي ، ذلك لأن نظرة الميسرة إنما تمنح للمدين نظراً لظروفه الشخصية ، فلا يصح أنثرها إلى غيره من المدينين من ليست لهم هذه الظروف .

(٤) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٩٦ .

(٥) انظر في الأسباب المتعددة التي يسقط بها الأجل في نظرة الميسرة في القانون الفرنسي :

بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٠٢٢ .

وفقاً للمادة ٢٧٣ مدني ، في الأحوال الآتية :

(١) إذا شهر إفلاس المدين أو إعساره وفقاً لنصوص القانون .

(٢) إذا أضعف المدين بفعله إلى حد كبير ما أعطى الدائن من تأمين خاص ، ولو كان هذا التأمين قد أعطى بعقد لاحق أو بمقتضى القانون ، هذا مالم يؤثر الدائن أن يطالب بتكيلة التأمين . أما إذا كان إضعاف التأمين يرجع إلى سبب لا دخل لإرادة المدين فيه ، فان الأجل يسقط مالم يقدم المدين للدائن ضماناً كافياً .

(٣) إذا لم يقدم المدين للدائن ما وعد بتقديمه من التأمينات .

على أن الأجل في نظرة الميسرة ، خلافاً للأجل الانقاضي ، يسقط بسبب جديد ، هو توافر شروط المقاصة ما بين الدين الذي منحت فيه نظرة الميسرة ودين ينشأ في ذمة الدائن للمدين . ذلك أن المدين الذي حصل من القاضي على نظرة الميسرة ، إنما حصل على هذا الأجل لأنه لم يكن في مكتته وفاء الدين في الحال ، فنظرة القاضي إلى ميسرة . ثم جدد بعد ذلك أن حل دين في ذمة الدائن للمدين من جنس الدين الأول ، سواء نشأ هذا الدين قبل منح المدين نظرة الميسرة أو نشأ بعد ذلك . ففي هذه الحالة يستطيع المدين أن يوفى الدين والذي عليه بالدين الذي له ، فلا مبرر إذن لانتظار انقضاء الأجل الذي منحه القاضي للمدين في نظرة الميسرة مادام المدين قد أصبح قادراً على الوفاء بدينه . ومن ثم يكون توافر شروط المقاصة على النحو الذي قدمناه مسقطاً للأجل في نظرة الميسرة (١) . وقد نص التفتين المدني على هذا الحكم صراحة ، فقضت الفقرة الثانية من المادة ٣٦٢ مدني بأنه « لا يمنع المقاصة أن يتأخر ميعاد الوفاء لمهلة منحها القاضي أو تبرع بها الدائن » .

(١) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٩٣ - ويخلص من ذلك إنه حيث يثبت أن المدين الذي منح نظرة الميسرة قد أصبح قادراً على الوفاء بالدين ، حتى قبل انقضاء الأجل الذي منحه القاضي لإياه ، فإنه يجوز للدائن أن يطالبه بالدين .

المبحث الثاني

المكان الذي يتم فيه الوفاء

٤٦٦ — النصوص القانونية : تنص المادة ٣٤٧ من التقنين المدني على ما يأتي :

١ — إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات ، وجب تسليمه في المكان الذي كان موجوداً فيه وقت نشوء الالتزام ، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك .

٢ — أما في الالتزامات الأخرى فيكون الوفاء في المكان الذي وجد فيه موطن المدين وقت الوفاء ، أو في المكان الذي يوجد فيه مركز أعمال المدين إذا كان الالتزام متعلقاً بهذه الأعمال (١) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادتين ٢٣٢/١٦٩ و ٢٣٣/١٧٠ (٢) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٣٤٥ — وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٣٤ — وفي التقنين المدني العراقي المادتين ٣٩٦ — ٣٩٧ — وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٣٠٢ (٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٤٨٤ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٥٩ من المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٣٤٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٨٨ — ٢٢٩) .

(٢) التقنين المدني السابق م ٢٣٢/١٦٩ : محل الوفاء هو المكان الموجود فيه عين الشيء المقتضى تسليمه إذا لم يشترط المتعاقدان غير ذلك .
م ٢٣٣/١٧٠ : إذا كان المتعهد به عبارة من نقود أو أشياء معين نوعها ، فيعتبر الوفاء مشروطاً حصوله في محل المتعهد .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٣٤٥ (مطابقة المادة ٣٤٧ من التقنين المدني المصري) .

ويخلص من النص المتقدم الذكر أن الوفاء يكون في المكان الذي اتفق عليه الطرفان، فإن لم يكن هناك اتفاق، ففي العين المعينة بالذات يكون الوفاء في المكان الذي كانت موجودة فيه وقت نشوء الالتزام، وفي غيرها يكون الوفاء في المكان الذي يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء أو المكان الذي يوجد فيه مركز أعمال المدين إذا كان الالتزام متعلقاً بهذه الأعمال .

٤٦٧ - اتفاق الطرفين على مكان الوفاء : كثيراً ما يتفق الدائن

والمدين على المكان الذي يكون فيه وفاء الدين ، وفي هذا الحالة يتقيد الطرفان بهذا الاتفاق . فلا يجوز للمدين أن يوفى بالدين إلا في هذا المكان ، كما لا يجوز للدائن أن يطالب المدين بالوفاء إلا فيه . وقد يكون هذا الاتفاق وقت نشوء الدين كما هو الغالب ، وقد يكون اتفاقاً خاصاً لاحقاً لنشوء الدين .

وفي جميع الأحوال قد يكون الاتفاق صريحاً ، ولا يشترط في الاتفاق الصريح ألفاظ خاصة . وقد يكون ضمنياً . ومثل الاتفاق الضمني أن تكون هناك التزامات متعاقبة ناشئة من عقد ملزم للطائفتين ، ويتفق الطرفان على أن يتم الوفاء

== التقنين المدني الليبي م ٣٣٤ (مطابقة المادة ٣٤٧ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٣٩٦ : ١ - إذا كان الشيء الملتزم بتسليمه ماله حمل ومؤونة ، كالمكسرات والمزونات والمروص ونحوها ، وكان المقعد مطلقاً لم يمتن فيه مكان التسليم ، وسلم الشيء في المكان الذي كان موجوداً فيه وقت المقعد . ٢ - وفي الالتزامات الأخرى يكون الوفاء في موطن المدين وقت وجوب الوفاء ، أو في المكان الذي يوجد فيه محل أعماله إذا كان الالتزام متعلقاً بهذه الأعمال ، ما لم يتفق على غير ذلك .

م ٣٩٧ : إذا أرسل المدين الدين مع رسوله إلى الدائن ، فهلك في يد الرسول قبل وصوله ، هلك من ماله المدين . وإن أمر الدائن المدين بأن يدفع الدين إلى رسول الدائن ، فهدمه إليه هلك في يده ، لهلاكه من مال الدائن ويبرأ المدين من الدين .

(والمادة ٣٩٩ تنفق أحكامها مع أحكام التقنين المصري . أما أحكام المادة ٣٩٧ فتتفق مع الفوائد العامة ، ويمكن تطبيقها في مصر دون نص : انظر الأستاذ حسين اللؤلؤ في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ٢٩٨ - فقرة ٢٩٩) .

التقنين الموجبات والمقود البناني م ٣٠٢ : يجب إيفاء الدين بالمكان المعين في العقد . وإذا

لم يوضع شرط صريح أو ضمنى في هذا الشأن ، وجب الإيفاء في محل إقامة المدين . أما إذا كان موضوع الموجب شيئاً معيناً ، فيجب التنفيذ حيث كان الشيء عند إنشاء المقعد . (والحكم متفق مع حكم التقنين المصري) .

في وقت واحد ، فيستخلص من ذلك اتفاق ضمنى على أن يكون مكان الوفاء هو أيضاً مكان واحد (١) . وقد طبقت المادة ٤٥٦ مدنى هذا الحكم في عقد البيع إذ نصت على ما يأتى : ١ - يكون الثمن مستحق الوفاء في المكان الذى سلم فيه المبيع ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك . ٢ - فإذا لم يكن الثمن مستحقاً وقت تسليم المبيع ، وجب الوفاء به في المكان الذى يوجد فيه موطن المشتري وقت استحقاق الثمن . في الفقرة الأولى افترض أن تسليم المبيع ودفع الثمن يجب أن يتأ في وقت واحد ، فخلص من ذلك أن دفع الثمن يكون في المكان الذى يتم فيه تسليم المبيع . وفي الفقرة الثانية افترض أن الثمن غير مستحق وقت تسليم المبيع ، فرجعنا إلى القاعدة العامة في مكان الوفاء بمبلغ من النقود ، وهو موطن المدين وقت استحقاق الدين . وإذا كان الوفاء بشيك أو بحوالة ، استخلص من هذا اتفاق ضمنى على أن يكون مكان الوفاء هو الجهة التى يقبض فيها الدائن قيمة الشيك أو حوالة البريد (٢) ، وقد قلنا أن الوفاء لا يتم في هذه الحالة بمجرد تسليم الشيك أو الحوالة ، وإنما يتم بقبض القيمة .

وقد يتفق الطرفان على أن يكون مكان الوفاء هو موطن الدائن ، والأصل ألا يكون موطن الدائن هو مكان الوفاء إلا باتفاق صريح أو ضمنى . فإذا تم الاتفاق على ذلك ، فإن موطن الدائن وقت الاتفاق أو موطنه وقت الوفاء إذا تغير هذا الموطن يكون هو مكان الوفاء تبعاً للاتفاق الذى تم (٣) . فإن لم يكن الاتفاق واضحاً في ذلك ، فالمفروض أن الطرفين قد اتفقا على أن يكون مكان الوفاء هو موطن الدائن وقت الاتفاق ، لأنه هو الموطن الذى كان معروفاً عندهما وقت ذلك (٤) .

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٢٩ .

(٢) انظر دى باج ٣ فقرة ١٧٢ ص ٤٥٥ .

(٣) نقض مدنى ٩ ديسمبر سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٣١ ص ٢٤٤ .

(٤) ديولومب ٢٧ فقرة ٢٢٢ - بودرى وهارد ٢ فقرة ١٥٠٥ - أنسيلكويدي والوز ٣ لفظ (paiement) فقرة ١٣٧ - انظر عكس ذلك دى باج ٣ فقرة ٤٧٢ - وقارده بلانويل وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٥٧٨ .

وقد ينسخ هذا الاتفاق أن يرسل الدائن محصلاً لاستيفاء الدين في موطن المدين ، فيكون هذا الموطن هو مكان الوفاء (استئناف مصر ٣١ يناير سنة ١٩٤٦ المجموعة الرسمية ٤٧ رقم ٢٢٢) .

٤٦٨ - ملاب الوفاء في العين المعينة بالزات هو ملاب وجودها

وقت نشوء الالتزام : وقد رأينا أن الفقرة الأولى من المادة ٣٤٧ مدني تنص على أنه إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات، وجب تسليمه في المكان الذي كان موجوداً فيه وقت نشوء الالتزام ، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك . فإذا لم يوجد اتفاق على أن يكون مكان الوفاء في غير مكان وجود العين وقت نشوء الالتزام ، ولم يوجد نص يقضي بغير ذلك كما رأينا في النص الذي يقضي بأن يكون دفع الثمن في مكان تسليم المبيع (م ٤٥٦ مدني) ، فإن مكان الوفاء هو المكان الذي توجد فيه العين وقت نشوء الالتزام (١) وهذا الحكم مبني على أن هناك اتفاقاً ضمنيّاً ما بين الطرفين على هذا المكان . فينسخ هذا الاتفاق الضمني اتفاقاً ضمنيّ معارض، أو اتفاق صريح ، أو نص في القانون .

ويغلب أن يكون الشيء لم ينتقل من مكانه من وقت نشوء الالتزام إلى وقت الوفاء ، فإذا انتقل فالعبرة كما قلنا بالمكان الذي توجد فيه العين وقت نشوء الالتزام ، وهو المكان الذي كان معروفاً من الطرفين (٢) . على أن المفروض في كل ذلك أن الشيء محل الالتزام مستقر في مكانه لا يمكن نقله في سر . فإذا كان الشيء بطبيعته سهل الانتقال من مكان إلى آخر ، كسيارة أو فرس ، فالغالب أن يكون الطرفان قد أراد ضمناً أن يكون مكان الوفاء ليس هو المكان العارض الذي يوجد فيه الشيء وقت نشوء الالتزام ، بل هو موطن المدين وهو المكان الذي يوجد فيه الشيء عادة . وهنا نرى أن الاتفاق الضمني الذي قام عليه مكان وجود الشيء وقت نشوء الالتزام قد عارضه اتفاق ضمني أكثر وضوحاً فنسخه (٣) .

(١) المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٢٩ .

(٢) ويرجع الدائن على المدين في هذه الحالة بتفقات نقل الشيء من مكان وجوده وقت الوفاء إلى مكان وجوده وقت نشوء الالتزام (ديمولوب ٢٧ فقرة ٢٧٣ - بودري وبارد ٢ فقرة ١٥٠٩) .

(٣) ديمولوب ٢٧ فقرة ٢٧٨ - لوران ١٧ فقرة ٥٩٠ - ميك ٨ فقرة ٤٢ -

بودري وبارد ٢ فقرة ١٥٠٤ ص ٦٠٢ .

٤٦٩ - مكان الوفاء في غير العين المعينة بالذات هو موطن المدين

أو مركز أعمال : فإذا لم يوجد اتفاق صريح أو ضمني على مكان الوفاء (١) ، ولم يكن محل الوفاء عيناً معينة بالذات ، فقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٣٤٧ مدني : كما رأينا ، على أن يكون الوفاء في المكان الذي يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء ، أو في المكان الذي يوجد فيه مركز أعمال المدين إذا كان الالتزام متعلقاً بهذه الأعمال (٢) .

ويسرى هذا الحكم على كل التزام ليس محله عيناً معينة بالذات ، وأكثر ما يسرى على الالتزام الذي يكون محله مبلغاً من النقود . ويسرى كذلك على كل التزام محله عين غير معينة بالذات ، كالتزام بتسليم مائة أردب من القمح أو خمسين قنطاراً من القطن . ويسرى أخيراً على كل التزام محله عمل أو امتناع عن عمل . ففي هذه الالتزامات جميعاً ، إذا لم يوجد اتفاق صريح أو ضمني على مكان الوفاء ، فالمكان هو موطن المدين وقت الوفاء ، أو المكان الذي يوجد فيه مركز أعمال المدين إذا كان الالتزام متعلقاً بهذه الأعمال . ومن ثم نرى أن الالتزام هنا يسمى له الدائن (quérable) ، ولا يسمى به المدين (portable) . وليس في هذا إلا تطبيق للمبدأ العام الذي يقضي بأن الالتزام يفسر بما فيه مصلحة المدين (٣) .

وإذا غير الدائن موطنه أو مركز أعماله في الفترة ما بين نشوء الالتزام وبين الوفاء ، فالعبرة بالموطن أو بمركز الأعمال وقت الوفاء لا وقت نشوء الالتزام . ذلك أن القاعدة إنما تقوم ، لا على اقتراض إرادة الطرفين فيقال لأن هذه الإرادة قد انصرفت إلى الموطن أو مركز الأعمال وقت نشوء الالتزام ، وإنما تقوم على مصلحة المدين ، ومصلحته تقتضي أن يكون مكان الوفاء هو موطنه أو مركز أعماله وقت الوفاء (٤) .

(١) استئناف مختلط ٢ ديسمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٤٣ .

(٢) المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال المتضمنة ٣ ص ٢٢٩ .

(٣) حل أن المدين يسمى بالدائن إلى موطن الدائن في حالة العرض المتيقن والإبداع ،

وقد سبق بيان ذلك .

(٤) بودري وبارد ٢ فقرة ١٥٠٨ — بلانول وريير ورومان ٧ فقرة ١١٨٦ —

على أن المدين يستطيع بعد نشوء الالتزام أن ينزل عن حقه في أن يكون مكان الوفاء هو موطنه أو مركز أعماله ، إذا تصرف تصرفاً من شأنه أن يستخلص منه هذا النزول . فإذا كان الدين أقساطاً ، وأدى المدين أكثر الأقساط في موطن الدائن ، فالمفروض أن الأقساط القليلة الباقية يجب الوفاء بها أيضاً في موطن الدائن ، وأن المدين قد اتفق اتفاقاً ضمناً مع الدائن على ذلك . ولكن مجرد دفع قسط أو قليل من الأقساط في موطن الدائن لا يستفاد منه حتماً أن المدين قد نزل عن حقه في أن يكون مكان الوفاء بسائر الأقساط هو موطنه لاموطن الدائن (١) . فلو أن المؤمن له دفع بعض أقساط التأمين في موطن الشركة (٢) ، فلا يستفاد من ذلك حتماً أنه نزل عن حقه في أن يكون الوفاء بسائر الأقساط في موطنه هو (٣) . وعلى العكس من ذلك ، إذا اشترطت شركة التأمين على أن يكون الوفاء بالأقساط في موطنها (٤) ، ثم استوفت بعض هذه الأقساط في موطن المدين ، فلا يستفاد من ذلك حتماً أنها نزلت عن حقها في أن يكون الوفاء ببقية الأقساط في موطنها ، لا سيما إذا ذكرت ذلك صراحة في وثيقة التأمين ، وهذا ما لم يكن قد اضطرد استيفاؤها لأقساط التأمين في موطن المدين واستقر تعاملها معه على ذلك (٥) .

— وكما يستطيع المدين أن يتسك بأن يكون مكان الوفاء هو موطنه أو مركز أعماله وقت الوفاء كذلك يستطيع الدائن أن يجبر المدين على قبول الوفاء في هذا المكان دون أى مكان آخر (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥٠٩) .

(١) ديمولومب ٢٧ فقرة ٢٧١ — هيك ٨ فقرة ٤٢ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥١٠ .
(٢) وقد جرت العادة أن يكون الوفاء بالقسط الأول في موطن الشركة ، وكذلك يكون مكان الوفاء هو موطن انشركة في جميع الأقساط التي حلت وأُعذر في شأنها المؤمن له (بلانيول وريبير وبسون ١١ فقرة ١٣٠٨ ص ٦٩٠ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٨٧ — بلانيول وريبير وبولانجي ٢ فقرة ١٥٨٠) .

(٣) وكذلك إذا دفع المستأجر أقساط الأجرة من وقت إلى آخر في موطن المؤجر لم يمد هذا حتماً نزولاً منه عن أن الوفاء بالأجرة يكون في موطنه هو لا في موطن المؤجر (استئناف مخطط د يناير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٦٠) .

(٤) ولا يجوز ، طبقاً للقانون الصادر في فرنسا في ١٣ يولييه سنة ١٩٣٠ (م ١٦) ، أن يكون هذا الشرط ضمن الشروط المطبوعة (بيدان ولا جارد ٨ فقرة ٥٢٤ — بلانيول وريبير وبسون ١١ فقرة ١٣٠٨ ص ٦٩٠) .

(٥) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥١١ — وتفسير نية الشركة في أنها أدخلت تعديلاً ضمناً في مكان الوفاء ، فجعلته موطن المؤمن له لا موطنها هي ، مسألة واقع يبت فيها قاضي الموضوع ولا معقب عليه من محكمة النقض (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٥١١ ص ٦٠٧ هامش رقم ١) .

٤٧٠- - نصوص خاصة بتعيين ملأه الوفاء فى بعض العقود المسماة :

وقد أشارت المذكورة الإيضاحية للمشروع التمهيدى إلى أنه « قد أنشأت بعض النصوص أحكاماً خاصة بشأن الوفاء فى بعض العقود المينة كالبيع والإجارة (١) ».

وقد رأينا فعلا أن الفقرة الأولى من المادة ٤٥٦ مدنى فى البيع تنص على أن « يكون الثمن مستحق الوفاء فى المكان الذى سلم فيه البيع ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك » . ونصت المادة ٤٣٦ مدنى ، فى البيع أيضاً ، على أنه « إذا وجب تصدير المبيع للمشتري ، فلا يتم التسليم إلا إذا وصل إليه ، ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك » .

ونصت المادة ٥٦٦ مدنى ، فى الإيجار ، على أن « يسرى على الالتزام بتسليم العين المؤجرة ما يسرى على الالتزام بتسليم العين المبيعة من الأحكام ، وعلى الأخص ما يتعلق منها بزمان التسليم ومكانه وتحديد مقدار العين المؤجرة وتحديد ملحقاتها » .

ونصت الفقرة الثانية من المادة ٦٤٢ مدنى ، فى العارية ، على أنه « يجب رد الشيء فى المكان الذى يكون المستعير قد تسلمه فيه ، ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك » .

ونصت المادة ٦٥٥ مدنى ، فى المقاولة ، على أنه « متى أتم المقاول العمل ووضعه تحت تصرف رب العمل ، وجب على هذا أن يبادر إلى تسلمه فى أقرب وقت ممكن بحسب الجارى فى المعاملات . وإذا امتنع دون سبب مشروع عن التسليم رغم دعوته إلى ذلك بانذار رسمى ، اعتبر أن العمل قد سلم إليه » .

ونصت المادة ٦٩٠ مدنى ، فى عقد العمل ، على أن « يلتزم رب العمل أن يدفع للعامل أجرته فى الزمان والمكان اللذين يحددهما العقد أو العرف ، مع مراعاة ما تقضى به القوانين الخاصة فى ذلك » .

الباب الثاني

انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء

٤٧١ — أسباب انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء : قدمنا أن الالتزام قد ينقضي، لا بالوفاء به عيناً، بل بما يعادل الوفاء، ويشمل هذا ما يأتي:

(١) الوفاء بمقابل (Dation en paiement) .

(٢) التجديد (Novation) .

(٣) المقاصة (Compensation) .

(٤) اتحاد الذمة (Confusion)

ففي الوفاء بمقابل يعتاض الدائن عن استيفاء الدين عيناً بشيء يعادله . وفي التجديد يستوفى الدائن الدين الأصلي بدين جديد . وفي المقاصة يستوفى الدائن الدين الذي له بدين مقابل في ذمته للمدين . وفي اتحاد الذمة يستوفى الدائن الدين الذي له بنفس هذا الدين بعد أن يصبح مديناً به .

الفصل الأول

الوفاء بمقابل (*)

(Dation en paiement)

٧٢ - أركان وتكييف القانوني والاسماء التي تترتب عليه :

قلعنا أن الدائن يستوفى محل الدين عنه ، فلا يجبر على استيفاء شيء آخر في مقابل دينه ، ولو كان هذا الشيء أكبر قيمة من الدين . ومع ذلك إذا اتفق الدائن مع المدين على أن يستوفى شيئاً آخر في مقابل دينه ، واستوفى فعلاً هذا الشيء الآخر ، فإن الدين ينقضى وتبرأ ذمة المدين ، ولكن لا عن طريق الوفاء (paiement) ، بل عن طريق الوفاء بمقابل (dation en paiement) .

ومن ثم وجب أن نبحث : (أولاً) ماهي الأركان التي يقوم عليها الوفاء بمقابل وما هو تكييفه للقانوني . (ثانياً) وما هي الآثار التي تترتب عليه .

الفرع الأول

أركان الوفاء بمقابل وتكييفه القانوني

المبحث الأول

الأركان التي يقوم عليها الوفاء بمقابل

٧٣ - النصوص القانونية : تنص المادة ٣٥٠ من التقنين المدني

على ما يأتي :

* مراجع : سيجوني (Segogne) في الوفاء بمقابل في القانون الروماني والقانون الفرسي رسالة من باريس سنة ١٨٨٠ - جيمو (Guimbaud) النظرية العامة في الوفاء بمقابل في القانون الروماني والقانون الفرنسي رسالة من پواتييه سنة ١٨٨٩ .

« إذا قبل الدائن في استيفاء حقه مقابلاً استعاض به عن الشيء المستحق ، قام هذا مقام الوفاء (١) » .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكن الحكم كان معمولاً به دون نص (٢) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٣٤٨ — وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٣٧ — وفي التقنين المدني العراقي المادة ٣٩٩ — وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٣١٨ (٣) .

٤٧٤ — ركناه : ويمكن أن يستخلص من النص المتقدم الذكر أن هناك ركنين للوفاء بمقابل :

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٤٨٧ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٦٢ في المشروع التامى . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٣٥٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٢٥ — ٢٣٦) .

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « أغفل التقنين القائم (السابق) الاحتياض — الوفاء بمقابل — في نصومه فوكل أمره بذلك إلى القواعد العامة . بيد أن المشروع آثار أن يختص ببعض النصوص إزاء ما هو ملحوظ من ازدواج أثره ، وتراكب طبيعته ، في فقه القانون » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٣٤) . وانظر أيضاً الموجز للذولف فقرة ٥٤٣ .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٣٤٨ (مطابقة المادة ٣٥٠ من التقنين المدني المصرى) .

التقنين المدني الليبي م ٣٣٧ (مطابقة المادة ٣٥٠ من التقنين المدني المصرى) .

التقنين المدني العراقي م ٣٩٩ (مطابقة المادة ٣٥٠ من التقنين المدني المصرى — وانظر الأستاذ حسن الفتون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ٢٢٥ — فقرة ٢٢٦) .
تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٣١٨ : يسقط الدين إذا قبل الدائن ، عوضاً عن التنفيذ ، أداء شيء غير الذي كان يجب له — وإذا بدا شك ولم يعترض الدائن أو لم يبد تحفظاً عند الإيفاء بأداء العروض ، فالدائن يبد ، إلى أن يقوم برهان على العكس ، قابلاً لذلك الإيفاء ومبرئاً لذمة المدين . (والحكم متفق مع حكم التقنين المصرى) .

(الركن الأول) اتفاق بين الدائن والمدين (١) على الاستعاضة عن محل الوفاء الأصلي بنقل ملكية شيء آخر من المدين إلى الدائن .
(الركن الثاني) تنفيذ هذا الاتفاق بنقل الملكية فعلا ، فتنبرأ ذمة المدين .

٤٧٥ - انقاس على الاستعاضة عن محل الوفاء الأصلي بنقل ملكية

سواء آخر : يتفق الدائن مع المدين على أن يستعاض عن الوفاء بمحل الالتزام الأصلي الوفاء بنقل ملكية شيء آخر من المدين إلى الدائن . فإذا كان محل المدين الأصلي ألفاً من الجنيهات مثلاً ، فإن الطرفين يتفقان على أن يفي المدين للدائن بدلا من الألف من الجنيهات مائة قطار من القطن الأشموني أو مائتي أردب من القمح الهندي أو أن ينقل إليه ملكية سيارة من طراز معين أو قطعة أرض معينة أو دار بالذات أو نحو ذلك . وقد يقع العكس ، فيكون في ذمة المدين أن ينقل للدائن مائة قطار من القطن أو مائتي أردب من القمح أو ملكية سيارة أو أرض أو دار ، فيتفقان على أن يعطى المدين للدائن بدلا من ذلك ألفاً من الجنيهات (٢) . ولما كان الدائن ، في هذه الأحوال ، يستوفي في دينه محلا ليس هو عين محل الدين ، فلا بد إذن لهذا الوفاء بمقابل من اتفاق بين الدائن والمدين يكون لاحقا لنشوء الدين ، وفي الغالب يكون لاحقا أيضا لميعاد استحقاقه . والاتفاق يستلحق حتما رضاء الدائن أن يستوفي الدين بمقابل ، فلا يجوز حل الدائن على أخذ غير محل

(١) ولا نرى ما يمنع من أن يتفق الدائن مع غير المدين حل أن يستوفي الدين منه بمقابل . فينتقل للتير إلى الدائن ملكية شيء مملوك للأول وفاء للدين . ثم يرجع التير حل المدين ، إذا لم يكن هناك اتفاق بينهما ، بدعوى القضاة أو بدعوى الإثراء بلا سبب ، بحسب الأحوال . وفي حالة الرجوع بدعوى الإثراء بلا سبب يطالب التير المدين بأقل القيمتين ، مقدار الدين وقيمة الشيء الذي أساءه الدائن مقابلا للوفاء .

(٢) انظر جوسران ٢ فقرة ٩٢٦ - الموجز المؤلف فقرة ٤٤٣ - وقد يعطى المدين للدائن ، مقابلا للوفاء ، ديناً له في ذمة التير . ولكن هذا يتم عادة لا عن طريق الوفاء بمقابل ، بل عن طريق حوالة هذا الحق (cession de créance) للدائن ، أو إنابة التير في الوفاء للدائن (délégation) : انظر في هذا المعنى بلايول وروبير وهولانجيه ٢ فقرة ٢٠١٨ - وقارن جوسران ٢ فقرة ٩٢٦ ص ٤٩٢ .

الدين إجباراً ، ولا يتم ذلك إلا برضائه (١) .

ولما كان الوفاء بمقابل اتفاقاً (convention) ، فهو ككل اتفاق يقتضى توافق لإرادتين ، لإرادة الدائن وإرادة المدين . ولبس الوفاء بمقابل عقداً (contrat) ، بل هو اتفاق كما قدمنا ، كالوفاء ، لأنه لا ينشئ التزاماً ، بل يقضى هذا الالتزام . ويجب أن تتوافر الأهلية الواجبة في كل من الطرفين . فتتوافر في الدائن أهلية استيفاء الدين على النحو الذى قدمناه في الوفاء ، لأن الوفاء بمقابل ينطوى على معنى استيفاء الدين . وتتوافر في المدين ، لا أهلية الوفاء بل الدين فحسب ، بل أيضاً أهلية التصرف ، فإنه يوفى دينه عن طريق نقل ملكية شيء إلى الدائن ، فالوفاء بمقابل بالنسبة إليه ينطوى على معنى الوفاء وعلى معنى نقل الملكية في وقت واحد .

ويجب أن تكون إرادة كل من الطرفين خالية من العيوب ، فلا يشوبها غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال (٢) .

ويجب أن يكون للاتفاق محل وسبب . أما السبب فهو الوفاء بالدين الأصلى . وأما المحل فهو الاستعاضة عن المحل الأصلى بنقل ملكية شيء آخر من المدين إلى الدائن . فلا بد إذن في المحل من توافر شرطين : ١ - ألا يكون داخلاً في نطاق الالتزام الأصلى ، بل هو شيء جديد يستعاض به عن المحل الأصلى

(١) وقد يعطى المدين الدائن شيئاً غير محل الدين ، ولكن لا الوفاء بالدين بل كضمان له ، كما إذا اتفق الطرفان على مد أجل الدين في مقابل أن يعطى المدين الدائن رهناً . وفى هذه الحالة لا يقتضى الدين بداهة ، بل يبق قائماً ، ويكون الشيء الذى أعطاه المدين الدائن ليس مقابل الوفاء بل هو رهن في يد الدائن لضمان الدين . ويرجع فيما إذا كان الشيء الذى أعطاه المدين الدائن مقابل الوفاء أو رهناً لنية الطرفين (دى باج ٣ فقرة ٥٠٦ ص ٤٨٤) . فلا يكون هناك وفاء بمقابل إلا إذا اتفق الطرفان في وضوح على نقل ملكية الشيء إلى الدائن . وقد قضت محكمة الاستئناف المختطة بأنه إذا سلم المستأجر محصولات الأرض إلى المؤجر وفاء بالأجرة بعد عمل الحساب ، فلا يضى ذلك إنه نقل ملكية محصولات إلى المؤجر ، بل أودعها عنده ضماناً للأجرة ، ووكفه في يدها ليستوفى الأجرة منها ، فلا يجوز للمؤجر التمسك ببطان حجز رقبه أحد دائي المستأجر على هذه محصولات بدعى أن ملكيتها انتقلت إليه (استئناف مختلط ٦ يناير سنة ١٩١٥ ص ١٠٧) .

(٢) دى باج ٣ فقرة ٥٠٦ ص ٤٨٦ .

للالتمار . ومن ثم لا ينطوى الالتزام التخييري ولا الالتزام البدلي على وفاة بمقابل ، لأن المدين إذا اختار أحد محال الالتزام في الالتزام التخييري ، أو اختار البدل في الالتزام البدلي ، فأداه ، فانما يؤدي محلا داخلا في نطاق الالتزام الأصلي متفقاً عليه منذ نشوء هذا الالتزام ، فليس هو شيئاً جديداً خارجاً عن نطاق الالتزام الأصلي يستعاض به عن محل هذا الالتزام (١) .

٢ - أن يكون نقل ملكية (datio) ، فلا يجوز أن يكون التزاماً بعمل أو التزاماً بامتناع عن عمل (٢) . وإذا اتفق المقرض والمقرض على أن يستعاض عن رد القرض بأن يقوم المقرض بنسخ كتاب معين يطلبه منه الدائن ، فان هذا لا يكون وفاة بمقابل ، بل يكون في الغالب تجديد (novation) بتغيير محل الدين (٣) .

ويثبت الاتفاق على الوفاء بمقابل وفقاً للقواعد العامة في الإثبات . فلا يجوز ، فيما يزيد على عشرة جنهات ، الإثبات إلا بالكتابة أو بما يقوم مقامها . على أنه إذا ثبت أن الدائن قد قبل تسليم شيء غير المستحق له دون تحفظ ، فانه يفترض - حتى يقوم الدليل على العكس - أنه قد ارتضى أن يقوم ذلك مقام الوفاء (٤) .

(١) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٦٨٤ - دى باج ٣ فقرة ٥٠٦ ص ٤٨٥ .

(٢) الأستاذ عبد المحي حجازى ٣ ص ٥٨ .

(٣) وإذا قبل الدائن استيفاء الدين بشيك أو بكيالة أو بأية ورقة ماثلة ، لم تبرأ ذمة المدين من الدين إلا إذا قضى الدائن فعلاً قيمة الشيك أو الكيالة أو الورقة المالية . وعندئذ ينقضى الدين ، لا بالوفاء بمقابل ، بل بالوفاء مينا كما سبق القول (دى باج ٣ فقرة ٥٠٦ ص ٤٨٥ - ص ٤٨٦) .

(٤) وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٣١٨ من تقنين الموجبات والمقود البناني على هذا الحكم صراحة . فقضت بأنه « إذا بدا شك ما ، ولم يمتنع الدائن أو لم يبد تحفظاً عند الايفاء بأداء المقرض ، فالدائن يبد ، إلى أن يقوم برهان على العكس ، قابلاً لذلك الايفاء واسترقاً بكونه مبرئاً لذمة المدين » . انظر أيضاً المادة ٣٦٦/٢ من التقنين المدني الألماني .

وقد جاء في المذكرة الايضاحية لمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتى : « أما فيما يتعلق بالإثبات ، فيفترض في الدائن ، إذا قبل الوفاء بغير ما هو مستحق له دون تحفظ ، أنه قد ارتضى أن يقوم ذلك مقام الوفاء من المدين ، إلا أن يقوم دليل يسقط هذه القرينة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٢٧) .

٤٧٦ - تنفيذ الاتفاق بنقل الملكية فعلاً إلى الدائن : ولا يكون

الاتفاق على مقابل الوفاء ، بل يجب أيضاً تنفيذ هذا الاتفاق بنقل الملكية فعلاً من المدين إلى الدائن (١) . فإذا كان المقابل مائة قطار من القطن أو مائة أردب من القمح ، وجب إفراز هذه المقادير حتى تنتقل ملكيتها إلى الدائن . وإذا كان المقابل سيارة وجب تعيينها بالذات ، أو كان دار أو أرضاً وجب تسجيل الاتفاق على الوفاء بمقابل ، حتى تنتقل ملكية السيارة أو الدار أو الأرض من المدين إلى الدائن (٢) .

وهذا ما يميز الوفاء بمقابل عن التجديد (٣) ، ففي التجديد يحل التزام جديد محل التزام قديم ، فينقضي الالتزام القديم بقيام الالتزام الجديد . أما في الوفاء بمقابل فلا يكون قيام الالتزام الجديد ، أى الالتزام بنقل الملكية ، بل يجب تنفيذه أى نقل الملكية فعلاً إلى الدائن . فإذا اقتصر الطرفان على إنشاء التزام بنقل الملكية محل محل الالتزام الأصلي ، فاعلموا يكون ذلك تجديدًا بتغيير محل الدين لا وفاء بمقابل (٤) .

المبحث الثاني

التكييف القانوني للوفاء بمقابل

٤٧٧ - تضارب الفقه في التكييف القانوني للوفاء بمقابل :

بعد أن بسطنا أركان الوفاء بمقابل ، بقي أن نبين ما هو التكييف القانوني لهذا

- (١) المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٢٧ .
- (٢) ويترتب حل ذلك أن الوفاء بمقابل لا يمكن أن يتم من طريق الوصية ، بأن يوصي المدين لدائنه بمال للوفاء بالدين . وذلك لأن الوصية يجوز الرجوع فيها دائماً ، ولا تنتقل ملكية الموصى به في حياة الموصي (نقص مدني أول أبريل سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٣٨ ص ٩٥) . كذلك لا يتم الوفاء بمقابل إذا احتفظ المدين لنفسه بحق استرداد المصارف التي سلمه وفاء لدينه (استئناف مخطوط ٦ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ٧٩) .
- (٣) الأستاذ عبد الحفي حجازي ٣ ص ٥٩ .
- (٤) كولان وكابيتان ودو لاموراندوير ٢ فقرة ٩٨٨ ص ٦٤٩ - جوران ٢ فقرة ٩٢٦ ص ٤٩٢ .

السبب من أسباب انقضاء الالتزام . وقد تضارب الفقه في هذا التكيف ، حتى أصبحت هذه المسألة الغامضة في حاجة إلى شيء من التجلية والوضوح .

وهناك تكيف يتبادر إلى الذهن لأول وهلة ، هو أن يكون الوفاء بمقابل بيعاً فيكون المقابل قد بيع بالدين . وكان للقانون الفرنسي القديم تكيف آخر ، هو أن الوفاء بمقابل ضرب من الوفاء (paiement) يتميز بأن المحل الأصلي فيه قد تغير . وهناك تكيف ثالث ، هو الذي أخذ يتغلّب الآن في الفقه ، يجعل الوفاء بمقابل عملاً مركباً من تجديد ووفاء عن طريق نقل الملكية .

٤٧٨ - الوفاء بمقابل بيع تلم مقاصد : يتبادر إلى الذهن

لأول وهلة أن الوفاء بمقابل ينتهي إلى التحليل الآتي : اتفق الدائن مع المدين على أن يشتري الأول من الثاني المقابل الذي يقدمه الثاني - القطن أو القمح أو السيارة أو الأرض أو الدار الخ - بثمن يعادل قيمة الدين الذي في ذمته . فتم صفقة البيع أولاً ، ويصبح الدائن مديناً بثمن هو معادل في الجنس والمقدار للدين الذي له . فتقع مقاصة قانونية ما بين هذا الدين والثمن ، فينقضى كلاهما بالمقاصة . ويبقى المدين بعد ذلك ملتزماً نحو الدائن بنقل ملكية المقابل (١) .

وعيب هذا التكيف أنه يقف بالوفاء بمقابل عند المرحلة الأولى ، ولا يستلزم أن تنتقل الملكية فعلاً إلى الدائن . فلو فرضنا أن مقابل الوفاء هو مقادير من القطن أو من القمح ، فيكفي ، طبقاً لهذا التكيف ، أن يلتزم المدين للدائن بنقل ملكية هذه المقادير حتى يتم الوفاء بمقابل وتبرأ ذمة المدين من الدين الأصلي . وقد قدمنا أن الوفاء بمقابل لا يتم إلا إذا انتقلت الملكية فعلاً إلى الدائن ، ولا تبرأ ذمة المدين من دينه الأصلي إلا عند نقل هذه الملكية . أما إذا وقفنا عند هذه المرحلة الأولى ، فأنما نواجه تجديداً بتغيير محل الدين لا وفاء بمقابل كما سبق القول .

(١) انظر في بسط هذا الرأي بودرى وبارد ٢ فقرة ١٦٨٦ - يلانيول وريبير وردوان ٧

٤٧٩ - الوفاء بمقابل ضرب من الوفاء تعبيره المحل الوصلي :

وهذا هو التكييف الذي كان سائداً في القانون الفرنسي القديم ، وكان يقول به دوماً وبوتييه ، ولا يزال يقول به بعض فقهاء القانون الفرنسي الحديث .

ففي القانون الفرنسي القديم كان الوفاء بمقابل ضرباً من الوفاء ، استعيض فيه عن الشيء المستحق أصلاً بشيء آخر ، وذلك باتفاق الطرفين . فهو كالوفاء يقضى الدين ذاته بطريق مباشر ، ولكن يقضيه بمقابل الشيء المستحق لبالشئ المستحق نفسه . أما في التكييف الأول فقد رأينا أن المقابل يقضى الدين ذاته ، ولكن بطريق غير مباشر ، بأن يجعل ثمنه قصاصاً في هذا الدين . وسنرى في التكييف الثالث أن المقابل لا يقضى الدين ذاته ، ولكن ديناً آخر نشأ من طريق التجديد .

ويترتب على هذا التكييف الثاني أن الدائن ، إذا استحق في يده مقابل الوفاء ، لم يرجع على المدين بدعوى ضمان الاستحقاق التي يرجع بها المشتري على البائع . فهو لم يشتر المقابل كما هو التصور في التكييف الأول ، بل استوفى به الدين الذي له في ذمة المدين . فإذا استحق المقابل في يده بطل الوفاء ، واستتبع ذلك رجوع الدين الأصلي ، فيعود في ذمة المدين بجميع ما كان له من ضمانات ، ويرجع الدائن على المدين لابدعوى ضمان الاستحقاق بل بدعوى هذا الدين نفسه (١) .

وكان هذا التكييف القانوني يستقيم ، ويتفق مع إرادة الطرفين ، لولا أنه

(١) دوماً في القوانين المدنية اتقسم الأول الكتاب الثالث الباب الأول الفرع السابع فقرة ٦ - بوتيه في الالتزامات فقرة ٤٠٦ - وانظر في فقهاء القانون الفرنسي الحديث : سيجوني Segogne في الوفاء بمقابل في القانون الروماني والقانون الفرنسي رسالة من باريس سنة ١٨٨٠ ص ٨٣ - ص ١٠٠ - جيزر Guimbaud في الوفاء بمقابل في القانون الروماني والقانون الفرنسي رسالة من بواتيه سنة ١٨٨٩ ص ١٨٥ - ص ٢٠٦ - وقارب بلانويول وويبير وبولانجه ٢ فقرة ٢٠١٩ . ويقرب من هذا التكييف ما يذهب إليه الأستاذ عبد الحمى حجازي (جزء ٣ ص ٦٢) من أن الوفاء بمقابل عقد عيني تنتقل به ملكية شيء من ذمة المدين إلى ذمة الدائن ويترتب عليه الوفاء بالتزام سابق .

ويتمسك في الدفاع عن هذا التكييف من الفقهاء المعاصرين دى باج : انظر الجزء الثالث فقرة ٥١١ .

من المقرر أن الوفاء بمقابل يتقضى التأمينات التي كانت للدين الأصلي ولو استحق المقابل . انقضاء التأمينات هذا مقرر في الفقه الفرنسي ، ويؤيده نص صريح في التقنين المدني الفرنسي خاص بالكفالة ، فقد نصت المادة ٢٠٣٨ من هذا التقنين على أن قبول الدائن باختياره عقاراً أو أى عرض استيفاء للدين الأصلي يبرىء الكفيل ، حتى لو استحق الشيء في يد الدائن (١) . ويقس الفقه الفرنسي على الكفالة سائر التأمينات . أما في مصر فالنص واضح في أن التأمينات التي كانت للدين الأصلي تزول ، وسرى أن المادة ٣٥١ مدني تقضى بأن يسرى على الوفاء بمقابل من حيث أنه يقضى الدين ، أحكام الوفاء ، وبالأخص ما يتعلق منها بتعيين جهة الدفع وانقضاء التأمينات (٤) . ثم طبق التقنين المدني المصري هذا الحكم تطبيقاً خاصاً في الكفالة ، فنص في المادة ٧٨٣ - وهي المقابلة للمادة ٢٠٣٨ مدني فرنسي - على أنه : إذا قبل الدائن أن يستوفى في مقابل الدين شيئاً آخر ، برئت ذمة الكفيل ولو استحق هذا الشيء .

ولا شك في أن انقضاء التأمينات إلى غير رجعة لا يتفق مع التكيف القانوني

(١) ويذهب سيجوني Segogne ، في الرسالة التي أسلفنا الإشارة إليها ، إلى أن بوتيه قرر هذا الحكم في خصوص الكفيل وحده ، دون سائر التأمينات ، لاعتبارات خاصة بالكفيل . فإن الدائن ، بعد أن استوفى دينه بمقابل الوفاء ، وبعد أن برئت ذمة الكفيل ، لا يفكر في الرجوع على الكفيل ، إذا استحق المقابل في يده ، إلا إذا كان المدين مرسراً . فيضار الكفيل بهذا الإصرار ، ويكون من حقه أن يدفع رجوع الدائن عليه ، ما دام الدائن هو الذي قبل أن يستوفى دينه بمقابل وترك المدين حتى أصغر ، ففوت على الكفيل الفرصة في أن يرجع على المدين إذا وفى عنه الدين (بوتيه في الالتزامات فقرة ٤٠٧) . وقد نقل التقنين المدني الفرنسي هذا الحكم عن بوتيه ، وقصره على الكفيل (سيجوني ص ٨٨ - ص ٩٠) .

ويرد بودرى وبارد على هذه الحجة بأن التقنين المدني الفرنسي في المادة ٢٠٣٨ جعل برائة الكفيل ، حتى لو استحق المقابل في يد الدائن ، حكماً عاماً ، ولم يقصره على حالة ما إذا كان المدين مرسراً . وهذا يدل على أن الوفاء بمقابل من شأنه تجديد الدين الأصلي ، فيقضى هذا الدين بالتجديد وتقضى معه تأميناته والكفالة من بينها . ويظهر ذلك في وضوح تام عند الرجوع إلى الأعمال التحضيرية للتقنين المدني الفرنسي ، فقد وردت فيها عبارات صريحة كل الصراحة في هذا المعنى (انظر بودرى وبارد ٢ فقرة ١٦٨٥ ص ٧٩١ - ص ٧٩٢ - وانظر في الرد على بودرى وبارد : دي باج ٣ فقرة ٥١١ ص ٤٩١) .

(٤) انظر عكس ذلك في عهد التقنين المدني السابق : استئناف مختلط ٢٥ نوفمبر سنة ١٩١٩

الذى نحن بصددده ، فان من مقتضيات هذا التكيف أن يعود الدين الأصلي إذا أبطل الوفاء بمقابل أو استحق المقابل في يد الدائن ، ومتى عاد الدين الأصلي عادت معه جميع التأمينات التي كانت تكفله .

١٨٠ - الوفاء بمقابل عمل مركب من تجديد ووفاء عن طريق

نقل الملكية : والتكيف القانوني الذي أخذ يتغلب في الفقه المعاصر ، وهو التكيف الذي يسار النصوص التشريعية في مصر وفي فرنسا ، هو أن الوفاء بمقابل عمل مركب . فهو مزيج من التجديد والوفاء عن طريق نقل الملكية ، وتتلاقى فيه عناصر من كل ذلك ، فيجمع في أحكامه بين كل منها . فالوفاء بمقابل هو أولاً تجديد بتغيير محل الدين . إذ الدائن والمدين يتفقا باديء ذي بدء على تغيير المحل الأصلي للدين بمحل جديد هو المقابل للوفاء ، ومتى دخل في الدين هذا التعديل الجوهرى فقد أصبح ديناً جديداً محل محل الدين القديم ، وهذا هو التجديد . ويترتب على هذه الخطوة الأولى أن الدين الأصلي ينقضى ، وتنقضى معه تأميناته ، عن طريق التجديد ، لا عن طريق الوفاء كما هو الأمر في التكيف الثاني ، ولا عن طريق المقاصة كما هو الأمر في التكيف الأول . ثم إن الدين الجديد — وهو دائماً التزام بنقل ملكية المقابل الذي استعفى به عن المحل الأصلي للدين — يتخذ عن طريق الوفاء (paiement) . فننتقل الملكية فعلاً إلى الدائن كما قدمنا ، وبذلك يتم الوفاء بمقابل . وفي هذه الخطوة الثانية ينطوى الوفاء بمقابل على معنيين : (أولاً) معنى الوفاء ، إذ للدين الجديد يوفى به عيناً فينقضى ، وهو هنا يتقضى بالوفاء (paiement) ، كما اتقضى الدين القديم بالتجديد (novation) فيما قلنا . (ثانياً) ومعنى نقل الملكية ، إذ الوفاء بالدين الجديد معناه نقل ملكية المقابل إلى الدائن كما تنتقل ملكية المبيع إلى المشتري . وزى من ذلك أن هذه الخطوة الثانية تكسب الوفاء بمقابل مقوماته الجوهرية : تكسبه معنى الوفاء فيأخذ أحكامه ، وتكسبه معنى نقل الملكية فيأخذ أيضاً بعض أحكامه ، وهذا كله إلى معنى التجديد الذي رأيناه في الخطوة الأولى والذي انقضى الدين الأصلي به (١) .

(١) انظر في هذا المعنى أوربي ودو ٤ فترة ٣١٨ هاش رقم ١ وفترة ٣٢٤ هاش رقم ٤٨ —

لوران ١٨ فترة ٣٢٣ و ٣١ فترة ٣٦٣ - ديملوب ٢٧ فترة ٢٣٠ و ٢٨ فترة ٢٨٨ —

ومخلص من هذا التكييف القانوني أمران : (١) أن الدين الأصلي في الوفاء بمقابل لا يتقاضى بالوفاء ولا بالمقاصة، وإنما يتقاضى بالتجديد. أما الدين الجديد الذي حل محل الدين الأصلي فينتضى بالوفاء حيناً ، لا بمقابل الوفاء (١) . (٢) إن الوفاء بمقابل يجمع في أحكامه بين معنى الوفاء ومعنى نقل الملكية (٢) ، وهذا ما ننقل الآن إليه .

الفرع الثاني

الآثار التي تترتب على الوفاء بمقابل

٤٨١ - النصوص القانونية : تنص المادة ٣٥١ من التتئين المدني على ما يأتي :

« وما بعدها — يودى وبارد ٢ فقرة ١٦٨٥ ص ٧٨٨ — ص ٧٨٩ — بلانول وريير وردوان ٧ فقرة ١٢٤٩ ص ٦٥٩ وفقرة ١٢٥٠ ص ٦٥٩ — ص ٦٦٠ — بيدان لاجارد ٨ فقرة ٤٩٤ — جوسران ٢ فقرة ٩٢٨ ص ٤٩٣ .

وانظر في هذا المعنى أيضاً الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ٢٨١ . وانظر انتقاداً لا يخلو من المبالغة لهذا التكييف في دي باج ٣ فقرة ٥١٠ - فقرة ٥١١ . (١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « ويرامى أن الوفاء بالدين القديم لا يتم بمقتضى الإدلاء بالمعوض ، وإنما ينشأ التزام جديد يحل محل هذا الدين ، وهذا الالتزام هو الذى ينتضى بالوفاء فور الوقت من طريق انتقال حق الملك في ذلك المعوض . فلا اعتراض والحالة هذه ليس إلا تجديدًا ينتج بالوفاء بالالتزام الجديد حل الفور » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٣٧) .

(٢) فالوفاء بمقابل هو إذن تصرف قانونى مركب (acte juridique complexe) من تجديد ونقل ملكية ووفاء . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا المعنى : « بيد أن المشروع أثر أن يخصه (الوفاء بمقابل) ببعض النصوص إزاء ما هو ملحوظ من اتساع آثاره وتراكب طبيعته في فقه القانون : فيرامى من ناحية أن الإدلاء بمعوض ينقل ملكية ما يودى في مقابل الوفاء ، وفي هذه الحدود تطبق أحكام البيع . ويرامى من ناحية أخرى أنه يحسم للمدين طريقاً لإبراء ذمته من الدين ، وفي هذا النطاق تطبق قواعد الوفاء . وقد يقال أخيراً إن الاعتراض ينتهى أمره إلى تجديد يعقبه الوفاء مباشرة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٣٤) .

« يسرى على الوفاء بمقابل ، فيما إذا كان ينقل ملكية شيء أعطى في مقابلة الدين ، أحكام البيع ، وبالأخص ما تعلق منها بأهلية المتعاقدين وضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية . ويسرى عليه ، من حيث أنه يقضى الدين ، أحكام الوفاء ، وبالأخص ما تعلق منها بتعيين جهة الدفع وانقضاء التأمينات » (١).

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق، ولكن الحكم كان معمولاً به دون نص (٢).

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٣٤٩ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٣٨ - وفي التقنين المدني العراقي المادة ٤٠٠ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٣١٩ (٣).

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٤٨٨ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا العبارة الآتية التى وردت فى المشروع التمهيدى : « يسرى على الوفاء بمقابل ، من حيث إنه ينقل ملكية الشيء الذى أصلى في مقابلة الدين ... » ، وفيما عدا عبارة « احتساب الخصم » فى المشروع التمهيدى . وفى لجنة المراجعة عدلت عبارة : « من حيث أنه ينقل ملكية الشيء الخ » بعبارة « فيما إذا كان ينقل ملكية شيء » . وكانت عبارة المشروع التمهيدى أدق فى المعنى من عبارة لجنة المراجعة ، لأن العبارة الأخيرة توهم أن الوفاء بمقابل قد لا ينقل الملكية فى بعض صورته ، وقد رأينا إنه ينقل الملكية فى جميع الصور (قانون مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٢٨) . وأصبح رقم المادة ٢٦٣ فى المشروع التامى . ووافق مجلس النواب على النص . وفى لجنة مجلس الشيوخ عدلت عبارة « احتساب الخصم » بعبارة « تعيين جهة الدفع » . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنة تحت رقم ٣٥١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٣٦ و ص ٢٢٨ - ص ٢٣٩) .

(٢) الموجز لمؤلف فقرة ٥٤٣ - الأستاذ أحمد حشمت أبوسنت فقرة ٧٩٣ - فقرة ٧٩٤ .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٣٤٩ (مطابقة المادة ٣٥١ من التقنين المدني المصرى) .

التقنين المدني الليبي م ٣٣٨ (مطابقة المادة ٣٥١ من التقنين المدني المصرى) .

التقنين المدني العراق م ٤٠٠ (مطابقة المادة ٣٥١ من التقنين المدني المصرى - وانظر

الأستاذ حسن الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى للعراق فقرة ٣٢٧ - فقرة ٢٢٨) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٣١٩ : إن قواعد البيع تطبق ميدئياً على الإلغاء بطله =

ويخلص من هذا النص أن الوفاء بمقابل مزدوج الأحكام ، فتسرى عليه أحكام البيع باعتباره ناقلاً للملكية ، وتسرى عليه أحكام الوفاء باعتباره أنه يقضى الدين .

٤٨٢ — الوفاء بمقابل باعتباره ناقلاً للملكية : لما كان الوفاء بمقابل

بنقل ملكية المقابل من المدين إلى الدائن ، فإنه يسرى عليه من هذه الناحية أحكام البيع وأحكام نقل الملكية بوجه عام .

وقد ذكر النص من هذه الأحكام ثلاثة على وجه التخصيص (١) :

١ — أهلية المتعاقدين : وقد قدمنا أنه يشترط في المدين أن تتوافر فيه ، لا أهلية الوفاء فحسب ، بل أيضاً أهلية التصرف . وكذلك يشترط في الدائن أهلية الالتزام (٢) .

٢ — ضمان الاستحقاق : فإذا استحق المقابل في يد الدائن ، رجع على المدين . ولا يرجع بالدين الأصلي ، فإن هذا الدين قد انقضى بالتجديد كما قدمنا ، وقد انقضت تأميناته معه ، فلا يعود ولا تعود . وإنما يرجع بضمان الاستحقاق كما يرجع المشتري على البائع ، لأنه إنما يظن في التصرف الخاص بنقل الملكية لا التصرف الخاص بالتجديد . إذ التجديد قد أصبح باتاً لا رجوع فيه ، وهو الذي قضى الدين الأصلي بتأميناته ، وأقام مقامه الدين الجديد الذي يستوجب تنفيذه نقل الملكية (٣) .

= العوض ، ولا سيما القواعد المختصة بالضمان وبأهلية المتعاقدين — على أن قواعد الإيفاء تطبق بالقياس ويقدر المستطاع ، ولا سيما فيما يختص بتعيين جهة الإيفاء . (والحكم متفق مع حكم التفتين المصري ، وإذا كان نص التفتين اللباني لم يذكر انقضاء التأمينات صراحة ، إلا أن هذا الانقضاء يستخلص بداهة من قواعد الوفاء الواجبة التطبيق) .

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٢٧ .

(٢) جوسران ٢ فقرة ٩٢٩ .

(٣) وقد يقال إنه بما يتفق مع نية الطرفين ، في حالة ما إذا لم تخلص ملكية المقابل لدائن ، أن يفسخ الوفاء بمقابل في مجموعه ، بما يتطوّر عليه من تجديد ووفاء ونقل ملكية ، ويعود للدين الأصلي إلى ذمة المدين . وقد جاء في هذا المعنى في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « ولا يكون لدائن في هذه الحالة إلا حق الرجوع بدعى الضمان ، ما لم يطلب الحكم بفسخ الاضياع ذاته : قارن المادة ٩٩٨ من التفتين البرازيل ، وهي تقضى بأن الدين القديم يعود =

ولما كان الدائن يرجع على المدين بضمان الاستحقاق كما قدمنا ، فإنه يرجع ، طبقاً لأحكام هذا الضمان ، بما يأتي : (١) قيمة المقابل وقت الاستحقاق مع الفوائد القانونية من ذلك الوقت . (٢) وقيمة الثمار التي ألزم الدائن بردها لمن استحق المقابل . (٣) والمصروفات النافعة التي لا يستطيع الدائن أن يلزم بها المستحق ، وكذلك المصروفات الكالية إذا كان المدين سيء النية . (٤) وجميع مصروفات دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق عدا ما كان الدائن يستطيع أن يتقيه منها لو أخطر المدين بالدعوى . (٥) وبوجه عام التعويض عما لحقه من خسارة أو فاته من كسب بسبب استحقاق المقابل (١) .

ولا شك في أن الرجوع بضمان الاستحقاق أرجح للدائن من الرجوع بالدين الأصلي ، ولكن تأمينات الدين الأصلي تزول كما قدمنا فلا تكفل ضمان الاستحقاق .

٣ - ضمان العيوب الخفية : فإذا لم يستحق المقابل ، ولكن الدائن كشف فيه عيباً خفياً ، فإنه يرجع على المدين بضمان العيوب الخفية ، كما يرجع المشتري على البائع ، طبقاً لأحكام المواد ٤٤٧-٤٥٤ مدني . ويخلص من هذه النصوص أن العيب لو أثر في المقابل إلى حد لو علمه الدائن لما رضى بهذا المقابل ، كان له أن يرده إلى المدين وأن يطالبه بالتعويض على النحو الذي ينشأه في ضمان الاستحقاق . أما إذا اختار الدائن استبقاء المقابل ، أو كانت الخسارة لم تبلغ

= إلى الوجود ويزول أثر المخالصة الخاصة به متى استحق العرض » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٣٧ - ٢٣٨) . انظر أيضاً المادة ١١٩٧/٢ من التقنين المدني الإيطالي الجديد - والأستاذ عبد الحى حجازي ٣ ص ٦٤ - ص ٦٥ .

ولكن القول برجوع الدين الأصل ، عن طريق فسخ الوفاء بمقابل في مجموعه ، يقتضى أن يرجع مع الدين الأصلي تأميناته التي كانت تكفله ، وهذا يتعارض مع نص القانون الصريح من أن التأمينات تنقضى . ومن ثم لا يكون الدائن ، في حالة استحقاق المقابل ، إلا الرجوع بضمان الاستحقاق على الوجه الذي سنبسطه ، ولا يجوز له فسخ التجديد . فيبقى الدين الهديدي قائماً ، ولا يعود الدين الأصلي ولا تعود تأميناته (انظر في هذا المعنى أوبري ورو ٤ فقرة ٣٢٤ ص ٣٣٤ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٥٤ - كولان وكايبان ودى لا مورالدير ٢ فقرة ٩٨٨) .

(١) انظر المادة ٤٤٣ من التقنين المدني في ضمان الاستحقاق .

الحد المتقدم الذكر ، لم يكن له إلا أن يطالب المدين بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب العيب (م ٤٥٠ و ٤٤٤ ملئى) (١) .

ولما كان نص المادة ٣٥١ ملئى لم تحصر أحكام البيع التى تسرى على الوفاء بمقابل فى الأحكام الثلاثة المتقدمة الذكر ، بل ذكرتها على سبيل التمثيل والتخصيص ، فانه يبدو أن بعض أحكام البيع الأخرى - كحق امتياز البائع إذا كان هناك معدل (soulté) يدفعه الدائن للمدين (٢) ، وحق الفسخ إذا لم يوف الدائن بهذا المعدل ، وحق تكملة الثمن للغبن فيما إذا كان الدائن قاصراً وكان المقابل عقاراً تقل قيمته عن أربعة أخماس الدين (٣) ، تسرى على الوفاء بمقابل (٤) .

٤٨٣ - الوفاء بمقابل باعتباره وفاء : ثم إن الوفاء بمقابل ، باعتباره وفاء ، يقضى الدين الجديد الذى حل محل الدين الأصلى كما قدما . أما الدين الأصلى فقد انقضى بالتجديد ، كما سبق القول .

ومن ثم ترتب للتأجيل الآتية (٥) :

١ - زول التأمينات التى كانت للدين الأصلى ، ولا تعود حتى لو استحق

(١) كولان وكابيتان ودى لامورانديير ٢ فقرة ٩٨٨ ص ٦٤٩ - أنسيلكويدي دالوز ٢ لفظ *datation en paiement* فقرة ١٧ .

(٢) كولان وكابيتان ودى لامورانديير ٢ فقرة ٩٣٧ - أنسيلكويدي دالوز ٢ لفظ *datation en paiement* فقرة ١٦ .

(٣) كولان وكابيتان ودى لامورانديير ٢ فقرة ٩٣٧ - أنسيلكويدي دالوز ٢ لفظ *datation en paiement* فقرة ١٥ - قارن بودرى وبارد ٢ فقرة ١٦٨٧ مكررة أولاً - فقرة ١٦٨٨ . وانظر بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٥٣ و فقرة ١٢٥٥ .

(٤) وكذلك تدفع رسوم انتقال الملكية فى الوفاء بمقابل بنفس المقدار الذى تدفع به فى البيع (استئناف مختلط ٣٠ أبريل سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٣١٧ - وانظر بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٥٣) .

(٥) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٣٧ - ص ٢٢٨ .

المقابل في يد الدائن ، على النحو الذي قدمناه . وهذه النتيجة مترتبة على أن الدين الأصلي قد انقضى وانقضت معه تأميناته عن طريق التجديد (١) .

٢ - تتبع الأحكام المتعلقة بتعيين جهة الدفع (imputation du paiement) فيما إذا كان في ذمة المدين للدائن عدة ديون من جنس واحد وقد دفع المدين مقابلاً للوفاء ببعضها دون بعض ، فيكون له وقت الدفع أن يبين الدين الذي دفع مقابله . فإن لم يبين ، كان الدين المدفوع له المقابل هو الدين الحال ، ثم الدين الأكثر كلفة على المدين . فإن تعادلت الديون في الحلول وفي الكلفة على المدين ، كان للدائن أن يعين الدين الذي استوفى مقابله .

٣ - إذا تبين أن المدين قد دفع مقابلاً لدين لا وجود له ، اتبعت أحكام الوفاء لا أحكام نقل الملكية . ومن ثم لا يرجع المدين على الدائن بمقدار الدين ، ولكن يسترد منه المقابل الذي دفعه بدعوى استرداد غير المستحق (٢) .

٤ - يجوز للدائن المدين أن يطعنوا بالدعوى البولصية في الوفاء بمقابل باعتبار أنه وفاء . فإذا وفي المدين المعسر ، وفاء بمقابل ، أحد دائنيه قبل

(١) بلانويول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٥٢ - جوسران ٢ فقرة ٩٢٩ .

(٢) أنسيكلوبيدي دالوز ٢ لفظ *datation en paiement* فقرة ١٨ - ويمكن القول أيضاً إن الذي أعطى المقابل ، وقد تبين أنه غير مدين ، يكون بمثابة بائع الذي لم يستوفى ثمنه من المشتري ، فيفسخ البيع ويسترد المبيع . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأنه إذا كانت اللواقمة الثابتة بالحكم هي أن الدائن ومدينه اتفقا على أن يبيع المدين إلى الدائن قدرأ من أطيائه مقابل مبلغ ما كان باقياً عليه من دين سبق أن حوله الدائن إلى أجنبي ، وتمهد الدائن باحضار مخالصة من ذلك الأجنبي عند التصديق على عقد البيع ، وحرر بين الطرفين في تاريخ هذا الاتفاق عقد بيع عن الأطيان الواردة به ، ثم تم التوقيع على عقد البيع النهائي ، ولم يحضر الدائن المخالصة من الأجنبي ، بل إن هذا الأخير استمر في إجراءات التنفيذ بالنسبة إلى باقي الدين فزاع ملكية المدين من أطيان أخرى حتى بيعت بالمزاد ، فزأت المحكمة من هذا أنه مع قيام الأجنبي بالتنفيذ على هذه الأطيان الأخرى للحصول على باقي الدين تكون الأطيان المبيعة للدائن تحت يده من غير مقابل ، وحل هذا قضت بفسخ العقد ، فإنها تكون قد أصابت ، لأنه بالقياس على البيع يكون للمدين - الذي هو في مركز البائع - الحق في فسخ العقد إذا حال الدائن الذي أخذ الأطيان وفاء لدينه دون حصول المقاصة من هذا الدين بمتابعة التنفيذ وفاء لدينه ، إذ يكون للدائن والحالة هذه كأنه مشتر لم يدفع الثمن (نقض مدني ١٨ مايو سنة ١٩٤٤ مجموعة ص ٤ رقم ١٣٩ ص ٢٨٥) .

انتقضاء الأجل الذى عين أصلاً للوفاء ، لم يسر هذا الوفاء فى حق باقى الدائنين . وكذلك لا يسرى فى حقهم الوفاء بمقابل ولو حصل بعد انتقضاء هذا الأجل ، اذا كان قد تم نتيجة تواطؤ بين المدين والدائن الذى استوفى المقابل (١) .

(١) وذلك كله قياساً على المادة ٢/٢٤٢ مدنى ، وقد وردت فى خصوص الطعن بالدعوى الهولندية فى الوفاء ، فيمكن قياس الوفاء بمقابل على الوفاء . انظر : استئناف مختلط ١٧ أبريل سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٨٧ - ٣٠ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٤٠٢ - ١٥ يونيو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٢٣ - وانظر الأستاذ عبد الحى حجازى ٢ ص ٦٦ .

الفصل الثاني

التجديد والائابة في الوفاء (*)

(Novation et délégation)

الفرع الأول

التجديد

(Novation)

٤٨٤ - التجديد نظام قانوني محمول الأهمية - شروط والاستمار

تترتب عليه : التجديد هو استبدال دين جديد بدين قديم ، فيكون سبباً في قضاء الدين القديم وفي نشوء الدين الجديد . فالتجديد إذن هو سبب لا تقضاء الالتزام ، وهو في الوقت ذاته مصدر لنشوء الالتزام . فهو اتفاق (convention) على قضاء الالتزام القديم ، وعقد (contrat) لإنشاء الالتزام الجديد ، وهو في الحالتين تصرف قانوني (a te juridique) . ويتميز الدين الجديد عن الدين القديم إما بتغيير في الدين (أى في محله أو في مصدره) ، وإما بتغيير المدين ، وإما بتغيير الدائن .

والتجديد كنظام قانوني أصبح اليوم محمول الأهمية خلافاً لما كان عليه الأمر

(*) مراجع : بول جيد (Paul Gide) دراسة في التجديد وحالة الحق في القانون الروماني سنة ١٨٧٩ - بيتي (Petit) نظرات (réflexions) في الحوالة : المجلة الانتقادية سنة ١٩٣٠ ص ٩٥ - ٥ - جبر (Hubert) بحث في النظرية القانونية للإئابة رسالة من بواتيه سنة ١٨٩٩ - نجر (Nègre) شروط الانتقاد والصحة في التجديد رسالة من إكس سنة ١٩٢٠ - ثالير (Thaller) الصيغة القانونية لسند الائتان : حوليات القانون التجاري سنة ١٩٠٦ وسنة ١٩٠٧ - كابيتان (Capitant) في السبب .

في القانون الروماني (١) ، وقل الالتجاء إليه في التعامل . فالتجديد بتغيير الدين أصبح يغني عنه الوفاء بمقابل ، وتغني حوالة الدين عن التجديد بتغيير المدين ، وحوالة الحق عن التجديد بتغيير الدائن . ومن ثم اختفى التجديد في بعض التقنيات الحديثة كالتقنين الألماني (٢) ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

ونبحث في التجديد : (أولاً) شروطه (ثانياً) الآثار التي تترتب عليه .

(١) لم تكن حوالة الحق ولا حوالة الدين معروفة في القانون الروماني على ما قدمنا ، فكان التجديد يقوم مقام الحوالة . على أن التجديد في القانون الروماني كان يختلف في جوهره عن التجديد في القوانين الحديثة . فهو لم يكن يغير من محل الدين ، بل كان يغير شكله ، فيفرغه غالباً في عقد لفظي (stipulatio) وأحياناً في عقد كتابي (litteris) ، فيكسبه جدة وزيد في قوته . وقد يكون التجديد بتغيير الدائن أو بتغيير المدين ليقوم مقام حوالة الحق أو حوالة الدين ، بل قد يكون بتغيير عصر غير جوهرى في الالتزام كإضافة أجل أو توثيق الدين بضمان مما لا يشتر تجديداً في القوانين الحديثة . فالتجديد في القانون الروماني كان أقرب إلى المساس بصورة الالتزام وشكله منه إلى تغيير موضوعه وطبيعته . أما التجديد في القوانين الحديثة فيجرى على أساس اتية لا الشكل ، ويغير في الالتزام الأصل تغييراً جوهرياً إلى حد استبدال التزام جديد به . ومن ثم كان التجديد في القانون الروماني مسألة شكلية تتصل بصورة الالتزام ، والتجديد في القوانين الحديثة مسألة موضوعية تتصل بحرية التعاقد وسلطان الإرادة (انظر في هذا المعنى بودرى وباردو ٢٢٤٩ فقرة ١٦٨٩ و١٧١١-بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٥٦) .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « يختلف مذهب التقنينات اللاتينية عن مذهب التقنينات الجرمانية فيما يتعلق بالأحكام الخاصة بالتجديد . فقد جرت الأولى على أفراد مكان هذه الأحكام في النصوص ، متأثرة بما كان لها من منزلة في القانون الروماني ، وقد كان هذا القانون يجهل حوالة الحق وحوالة الدين على حد سواء ، فألجأه بذلك إلى الاستعاضة بالتجديد عن هذا وتلك . أما الثانية فتهمل التجديد على نقيض ذلك ، وتستعاض عنه بحوالة الحق وحوالة الدين ، وهما بطبيعهما أدنى إلى التمسك مع التصوير المادى للالتزام . على أن الفوارق بين هذين المذهبين أقرب إلى المساس بالعرض منها إلى المساس بالجوهر ، فالتقنينات اللاتينية تقر صراحة حوالة الحق ، ولا تمنع على وجه الإطلاق في حوالة الدين . والتقنينات الجرمانية (وردت خطأ : اللاتينية) لا تضيق بالتجديد حيث تنضح جدواه كما هو الشأن في التجديد بتغيير الدين بوجه خاص . ولم ير المشروع أن يشذ عن التقليد اللاتيني ، ولا سيما أن الإنابة مع أهميتها تقتزن بالتجديد باعتبارها مجرد وصف من أوصافه » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٤٥) .

ولم يغفل التقنين المدني الجديد شأن التجديد ، لا اتصاله بالإناية من ناحية ، ولأن التجديد بتغيير الدين لا تزال له أهمية كبيرة في العمل من ناحية أخرى (انظر في هذا المعنى بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٥٦ ص ٦٦٤) . فرض لأحكام التجديد ، وتولاها شيء من الضبط -

المبحث الأول

شروط التجديد

٤٨٥ - شروط ثلثة : يمكن رد شروط التجديد إلى ثلثة . إذ التجديد

يفترض وجود التزامين متعاقبين الجديد منهما محل محل القديم ، على أن يختلف الالتزام الجديد عن الالتزام القديم في أحد عناصره ، وعلى أن تتوافر عند الطرفين نية التجديد (١) .

فشروط التجديد إذن هي : (١) تعاقب التزامين ، قديم حل محله جديد (٢) اختلاف ما بين الالتزامين في أحد العناصر (٣) نية التجديد .

المطلب الأول

تعاقب التزامين قديم حل محله جديد

٤٨٦ - النصوص القانونية : تنص المادة ٣٥٣ من التقنين المدني

على ما يأتي :

« والتجديد . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي : « وقد عرض المشروع لبعض الأحكام الخاصة بالتجديد ذاته بشيء من الضبط والتحديد ، لاسيما ما تعلق منها بتجديد الالتزام الباطل أو القابل للبطلان ، وبالتطبيقات العملية لفكرة عدم افتراض التجديد ، وبانتقال التامينات إلى الالتزام الجديد » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٤٠) . وجاء في موضع آخر : « يعتبر التجديد طريقاً من طرق انقضاء الالتزام ومصدراً من مصادر إنشائه في آن واحد . وليس شك في أن الحوالة والإناطة والحلول تحقق الغرض المقصود من هذا النظام ، وتفضله من وجوه . وهذا هو ما حدا بالتقنينات الجرمانية إلى أخفاله : انظر مع ذلك المواد ١٣٧٥ - ١٣٧٧ من التقنين النمساوي . بيد أن التجديد مزايما ما تزال باقية تتجلى قيمتها عند ما يراد استبدال محل الالتزام أو مصدره : انظر المادة ٢٦٣ من التقنين البولوني » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٤٣) .

ويعرض التقنين المدني الإبطال الجديد في تفصيل لتنظيم التجديد بتغيير الدين وهو التجديد الموضوعي ، ولا يشمل إلا حل نص واحد في التجديد بتغيير الدين وهو التجديد الشخصي ، ويسكت عن التجديد بتغيير الدائن (الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٧٠ - ص ٧١) .

(١) أسبوط ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٢١٩ ص ٤٠٤ - ٣١ أكتوبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٥٦٢ ص ١١٢٨ .

١ - لا يتم التجديد إلا إذا كان الالتزام القديم والجديد قد خلا كل منهما من أسباب البطلان .

٢ - أما إذا كان الالتزام القديم ناشئاً عن عقد قابل للإبطال ، فلا يكون التجديد صحيحاً إلا إذا قصد بالالتزام الجديد إجازة العقد وأن يحل محله (١) .
ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكن الحكم كان معمولاً به دون نص (٢) .

ويقابل النص في للتقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٣٥١ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٤٠ - ولا مقابل في التقنين المدني العراقي - ويقابل في تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٣٢٢ (٢) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٤٩٠ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا بعض فروق لفظية طفيفة ، أزيلت في لجنة المراجعة فأصبح التطابق تاماً ، ووافقت اللجنة على المادة تحت رقم ٣٦٥ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٣٥٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٤٤ - ص ٢٤٦) .
(٢) المرجع للمؤلف فقرة ٥٧٤ - فقرة ٥٧٥ .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٣٥١ (مطابقة للمادة ٣٥٣ من التقنين المدني المصري) .
التقنين المدني الليبي م ٣٤٠ (مطابقة للمادة ٣٥٣ من التقنين المدني المصري) .
التقنين المدني العراقي : لا مقابل للنص ، والسبب هو اختلاف نظرية البطلان في التقنين العراقي عنها في التقنين المصري ، ومع ذلك فالأحكام واحدة رغم هذا الاختلاف (انظر الأمتاذ حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ٢٢٢ - فقرة ٢٣٤) .
تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٣٢٢ : لا يتم التجديد إلا إذا كان الموجبان القديم والحديث موجودين حقيقة وليس بهما سبب للإبطال المطلق - أما مجرد قابلية الإبطال لهذا الدين أو لذلك فلا يحول دون التجديد ، بل تبقى مفاعيله موجودة مادام الإبطال لم يحكم به . وإن الدين القابل للإبطال يجوز استبداله بموجب صحيح إذا كان صاحب دعوى الإبطال عالماً بالحالة ، فيقتض عادلاً عن حق إقامتها - والموجب الطبيعي يجوز استبداله بواسطة التجديد بموجب مدني . (وتتفق هذه الأحكام مع أحكام التقنين المصري ، إلا في تجديد الالتزام الطبيعي ، في التقنين المصري لا يكون هذا تجديداً وإنما هو إنشاء لالتزام مدني سببه الالتزام الطبيعي ، وقد سبق ذكر ذلك في الجزء الثاني من الوسيط عند الكلام في الالتزام الطبيعي) .

ويخلص من هذا النص أنه حتى يتم التجديد، يجب أن يوجد التزام قديم خالٍ من أسباب البطلان، ثم يعقبه ليحل محله التزام جديد خالٍ هو أيضاً من أسباب البطلان.

٤٨٧ — وجود التزام قديم : يفترض التجديد وجود التزام سابق ، هو الذى يقوم عليه التجديد فيقضىه ، ندعوه هنا بالالتزام القديم .

فاذا لم يكن هذا الالتزام القديم موجوداً فعلا بل ظن وجوده توهماً ، وكذلك إذا كان هذا الالتزام قد انقضى بسبب سابق على التجديد ، فلا يمكن أن يكون هناك تجديد ولو اتفق الطرفان على إنشاء التزام جديد يحل محل الالتزام الموهوم . ذلك أن الالتزام الجديد إنما يستمد قوامه من أنه محل محل التزام قديم ، فاذا لم يوجد هذا الالتزام القديم لم يقيم تبعاً لذلك الالتزام الجديد (١) .

وإذا كان الالتزام القديم مصدره عقد باطل لأى سبب من أسباب البطلان ، كعدم تعيين المحل أو عدم مشروعيته أو عدم مشروعية السبب ، فإن الالتزام القديم يكون معدوماً فى هذه الحالة إذ العقد الباطل لا ينتج فى الأصل أثراً ، فلا يمكن أن يكون هناك تجديد لهذا الالتزام المعدوم (٢) .

وإذا كان الالتزام القديم مصدره عقد قابل للإبطال ، لنقص فى الأهلية أو لعب فى الإرادة ، فالأصل أن تجديد مثل هذا الالتزام لا يكون صحيحاً ، بل يبقى مهدداً بالإبطال . فاذا ما طلب ذو الشأن إبطال العقد انعدم الالتزام القديم ، فانعدم لذلك الالتزام الجديد ، وبطل التجديد (٣) . على أن الفقرة الثانية

(١) بودرى وبارد ٣ فقرة ١٢٩٠ .

(٢) استئناف مختلط ١٥ نوفمبر سنة ١٩٣٤ م ٤٧ ص ٢٨ — وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى : « يشترط لصحة التجديد ألا يكون أحد الالتزامين ، القديم أو الجديد ، مطلق البطلان . فإذا كان الالتزام القديم باطلا ، استتب ذلك بطلان الالتزام الجديد لتخلف سببه . وإذا كان الالتزام الجديد باطلا ، بقى الالتزام القديم قائماً لاستناع أثر التجديد » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٤٥) .

(٣) وقد لا يكون الالتزام القديم قابلاً للإبطال ، ولكنه يكون خاسماً لحكم خاص تقرر قبل التجديد أو بعده ، فلا يقوى التجديد على حجب هذا الحكم ، بل ينتقل أثر الحكم إلى الالتزام الجديد . من ذلك ماقتضت به محكمة الاستئناف المختلطة من أنه إذا داخل الالتزام القديم ربة فاشش ، — (٥٢ م — لوسيط)

من المادة ٣٥٣ مدني أوردت استثناء على هذا الأصل ، فنصت كما رأينا على ما يأتي :
 « أما إذا كان الالتزام القديم ناشئاً عن عقد قابل للإبطال ، فلا يكون التجديد صحيحاً إلا إذا قصد بالالتزام الجديد إجازة العقد وأن يحل محله » . فإذا كان الطرف الذي له حق إبطال العقد مصدر الالتزام القديم قد أصبح في حال يستطيع معها إجازة هذا العقد ، ثم أقدم على تجديد الالتزام وهو على بصيرة من الأمر ، فإن التجديد ذاته يعتبر إجازة للعقد . فينقلب الالتزام القديم صحيحاً ، ويصح تبعاً لذلك الالتزام الجديد ، فيحل محل الالتزام القديم ، ويتم التجديد (١) . وقد يتم التجديد دون أن يكون هناك قصد إلى إجازة العقد ، بأن يكون العاقد الذي وقع في غلط مثلاً لم يكشف العيب ، فيبقى التجديد كما قلنا ، مهدداً بالإبطال . ولكن يصح أن يجيز العاقد العقد بعد تمام التجديد وبعد كشفه للعيب ، فينقلب العقد صحيحاً ، وتستتبع صحة العقد صحة التجديد (٢) . وقصد إجازة العقد ، سواء قارن التجديد أو أعقبه ، يتوقف الأمر فيه على نية صاحب الشأن . وهي نية موكل كشفها لقاضي الموضوع ، ولا معقب عليه في ذلك من محكمة النقض .

وإذا كان العقد القديم قابلاً للفسخ وفسخ فعلاً ، فقد سقط الالتزام القديم وسقط معه التجديد (٣) .

= فإن تجديد الالتزام لا يمنع من المطالبة بتخفيض الفوائد إلى الحد المسموح به قانوناً (استئناف محتاط ٤ مارس سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١٤٧ - ٢٥ نوفمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ٣٧ - ١١ يناير سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٨٩ - ٥ مايو سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٦٤ - ٢١ فبراير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٤٣) . ومن ذلك أيضاً ما قضت به محكمة أسبوط من أنه إذا استبدل دين بدين ، ثم صدر بعد الاستبدال قانون يعطى للمدين الحق في خصم جزء من الدين الأول ، جاز للمدين أن يتسلك بهذا القانون ، إذ هو لم يدخل في تقديره وقت الاستبدال ، ولم يحصل تقصير منه في عدم انفسكه به (أسبوط أول مارس سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٢١٦ ص ٤٣٠) .

(١) المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التوضيحية ٣ ص ٢٤٥ .
 (٢) وهذا كله لو اشترك العاقد الذي له حق إبطال العقد في التجديد . أما إذا لم يشترك فيه ، وتقدم مدين جديد يتعاقد مع الدائن ليحل محل المدين الأصل الذي له حق إبطال العقد ، فإن هذا المدين الأصل يبقى على حقه في طلب إبطال العقد . حتى لو كان المدين الجديد عالماً بسبب الإبطال . فيسقط التجديد أو يصح . تبعاً لما إذا أبطل المدين الأصل العقد أو أجازته (بودري وبارد ٣ فقرة ١٦٩٢) .

(٣) طنطا ٨ يناير سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣١ رقم ١١٦ ص ٣٠٠ .

وإذا كان الالتزام القديم معلقاً على شرط ، واقفاً كان الشرط أو فاسخاً ، فإن التجديد يكون هو أيضاً معلقاً على هذا الشرط . فإذا تحقق الشرط الواقف ، أو لم يتحقق الشرط الفاسخ ، أصبح التجديد باتاً . إما إذا لم يتحقق الشرط الواقف ، أو تحقق الشرط للفاسخ ، فانهدم الالتزام القديم ، انعدم تبعاً له الالتزام الجديد ، وسقط التجديد (١) .

وإذا كان الالتزام القديم التزاماً طبيعياً ، فقد قدمنا في الجزء الثاني من الوسيط عند الكلام في الالتزام الطبيعي ، أن الالتزام الطبيعي لا يكون محلاً للتجديد ، وإنما يكون سبباً (cause) يقوم عليه الالتزام الجديد (٢) .

٤٨٨ - انشاء التزام جديد : ويفترض التجديد أيضاً قيام التزام جديد ، هو الذى يقع عليه التجديد فينشئه ، وبمحله الالتزام الجديد محل الالتزام القديم الذى يكون قد انقضى بالتجديد .

ويجب ، حتى يتم التجديد ، أن ينشأ هذا الالتزام الجديد صحيحاً ، فإن الدائن لم يقبل انقضاء الالتزام القديم إلا في مقابل إنشاء الالتزام الجديد . ومصدر هذا الالتزام الجديد هو التجديد ذاته ، أى العقد الذى أبرم ما بين الدائن والمدين . فإذا كان هذا العقد باطلاً ، لم ينشأ الالتزام الجديد ، وسقط التجديد تبعاً لذلك ، وبقي الالتزام على أصله دون أن ينقضى .

(١) أورى ورو ٤ فقرة ٣٢٤ ص ٣٢١ - ص ٣٢٢ - ومع ذلك قد تنصرف نية الطرفين إلى بقاء التجديد حتى لوزال الالتزام القديم بحكم الشرط ، كما إذا جدد الطرفان التزاماً معلقاً على شرط قيمته مائة فأحلا محله التزاماً باتاً قيمته خسون ، فيصبح التجديد باتاً بتحقيق الشرط أو تخلف (استثناءات مختلط ٧ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٧٩ - وانظر : بودرى وبارد ٣ فقرة ١٦٩٣ - بلانيول وبرييه وردوان ٧ فقرة ١٢٥٨) .

(٢) انظر المادة ٢٠٢ مدني - وانظر عكس ذلك المادة ٣/٣٢٢ من تقنين الموجبات والعقود البناني .

وإذا انقضت مدة التقادم في التزام معين ، فقبل التمسك بالتقادم يبقى الالتزام قائماً ، ويجوز تجديده ، ويمتنع التجديد نزولاً عن حق التمسك بالتقادم . أما بعد التمسك بالتقادم ، فإن الالتزام يسقط ، ويختلف عنه التزام طبيعي ، لا يكون قابلاً للتجديد ، ولكن يجوز اتخاذ سبباً لإنشاء التزام مدني (دى باج ٣ فقرة ٥٧٠) .

وإذا كان عقد التجديد قابلاً للإبطال ، فإن مصير التجديد يبقى مهدداً (١) .
 فإذا ما أبطله صاحب الحق في الإبطال ، زال الالتزام الجديد ، وعاد الالتزام
 القديم بأثر رجعي : إذ يعتبر التجديد كأن لم يكن (٢) . أما إذا أجزع عقد التجديد ،
 فقد انقلب التجديد صحيحاً ، وبقي الالتزام الجديد قائماً على وجه بات محل
 محل الالتزام القديم .

وإذا كان عقد التجديد معلقاً على شرط واقف أو شرط فاسخ ، ظل التجديد
 معلقاً على هذا الشرط (٣) . فإن تحقق الشرط الواقف ، أو لم يتحقق الشرط
 الفاسخ ، أصبح لإنشاء الالتزام الجديد نهائياً وتم التجديد على وجه بات .
 أما إذا لم يتحقق الشرط الواقف أو تحقق الشرط الفاسخ ، فإن الالتزام الجديد
 يزول ويعود تبعاً لذلك الالتزام القديم بأثر رجعي ، ويعتبر التجديد
 كأن لم يكن (٤) .

المطلب الثاني

اختلاف ما بين الالتزامين في أحد العناصر

٤٨٩ — النصوص القانونية : تنص المادة ٣٥٢ من التقنين المدني على

ما يأتي :

« يتجدد الالتزام :

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « وإن كان الالتزام الجديد هو
 القابل للإبطال ، يظل التجديد قائماً حتى يقضى بإبطال هذا الالتزام : انظر المادة ٣٢٢ من التقنين
 المدني » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٤٥) .

(٢) وقد يقبل الدائن الالتزام الجديد القابل للإبطال على علاته ، معتمداً على أن صاحب
 الحق في الإبطال سيجب عقد التجديد ولا يبطله ، فيرضى بانقضاء الالتزام القديم على وجه بات
 حتى لو أبطل عقد التجديد . ففى هذه الحالة ، إذا أبطل عقد التجديد هل خلاف ما أمله الدائن ،
 فإن الالتزام القديم لا يعود بالرغم من سقوط التجديد ، ويكون الدائن عندما قبل التجديد على هذا
 النحو قد أبرم في الواقع من الأمر متداً احتمالاً (ديمولومب ٢٨ فقرة ٥٢١ — لوران ١٨
 فقرة ٢٥٣ — بودرى وبارد ٣ فقرة ١٦٩٦ — بلانويول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٥٩) .

(٣) بودرى وبارد ٣ فقرة ١٦٩٥ .

(٤) أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٢٤ ص ٣٢٢ — وهذا كله ما لم يقصد الطرفان أن يبقى الالتزام —

« أولاً - بتغيير الدين إذا اتفق الطرفان على أن يستبدلا بالالتزام الأصلي التزاماً جديداً يختلف عنه في محله أو في مصدره » .

« ثانياً - بتغيير المدين إذا اتفق الدائن مع أجنبي على أن يكون هذا الأجنبي مديناً مكان المدين الأصلي وعلى أن تبرأ ذمة المدين الأصلي دون حاجة إلى رضائه ، أو إذا حصل المدين على رضاء الدائن بشخص أجنبي قبل أن يكون هو المدين الجديد » .

« ثالثاً - بتغيير الدائن إذا اتفق الدائن والمدين وأجنبي على أن يكون هذا الأجنبي هو الدائن الجديد » (١) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ١٨٧/٢٥١ (٢) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٣٥٠ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٣٩ - وفي التقنين المدني العراقي المادتين ٤٠١ و ٤٠٢ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٣٢٣ (٣) .

- الجديد قائماً حتى لو زال الالتزام القديم بتحقيق الشرط الفاسخ أو بعدم تحقق الشرط الواقف ، فإن زال الالتزام القديم على هذا النحو بقي الالتزام الجديد قائماً وفقاً لإرادة الطرفين ، ولكن لا يكون هذا تجديداً (بودرى وبارد ٣ فقرة ١٦٩٥ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٥٩) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٤٨٩ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٦٤ من المشروع التمهيدى . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٣٥٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٤٢ - ص ٢٤٤) .

(٢) التقنين المدني السابق م ١٨٧/٢٥١ : يحصل الاستبدال بأحد الأمور الآتية : أولاً - إذا اتفق الدائن والمدين على استبدال الدين الأصلي بدين جديد أو على تغيير سبب الدين الأصلي بسبب آخر . ثانياً - إذا اتفق الدائن مع شخص على انتقال الدين لثمنه وبرائة ذمة المدين الأصلي بدون احتياج لرضاء بذلك ، أو استحصال المدين على رضاء دائنه باستيفاء دينه من شخص آخر ملتزم بأدائه بدلاً عن المدين . ثالثاً - إذا اتفق الدائن مع مدينه على دفع الدين لشخص آخر وارثه الشخص المذكور ذلك .

(٣) ولا فرق في هذا ما بين التقنينين القديم والجديد : انظر الموجز للمؤلف فقرة ٥٧٥) .

(٤) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٣٥٠ (مطابقة لمادة ٣٥٢ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٣٣٩ (مطابقة المادة ٣٥٢ من التقنين المدني المصري) .

٤٩٠ - لابر من مخالفه الالتزام الجبر للالتزام القديم في عنصر

هام: ويخلص من النص المتقدم الذكر أنه حتى يكون هناك تجديد ، لا بد أن يخالف الالتزام الجديد الالتزام القديم في عنصر من عناصره الهامة . أما إذا كان الالتزام الجديد لا يغير الالتزام القديم ، فلا يعلو الأمر أن يكون هذا إقراراً (reconnaissance) بالالتزام القديم كما هو دون تغيير ، أو إقراراً (ratification) له حتى يسرى في حق الغير ، أو إجازة (confirmation) له حتى يزول اللبطلان ، أو نحو ذلك ، ولكنه لا يكون على كل حال تجديدًا .

كذلك إدخال تعديل غير جوهري (١) على الالتزام القديم لا يعد تجديدًا (٢) .

التفتين المدف المراق م ٤٠١ : يجوز تجديد الالتزام باتفاق الطرفين ، عل أن يستبدل بالالتزام الأصل التزاماً جديداً يختلف عنه في ماله أو في مصدره .

م ٤٠٢ : يجوز تجديد الالتزام أيضاً بتغيير الدائن إذا اتفق الدائن والمدين وأجنبي عل أن يكون هذا الأجنبي هو الدائن الجديد ، أو بتغيير المدين إذا اتفق الدائن مع أجنبي عل أن يكون هذا الأجنبي مديناً مكان المدين الأصل وعل أن تبرأ فمة المدين الأصل دون حاجة لرضاه ، أو إذا قبل شخص أجنبي أن يكون المدين الجديد وحصل المدين الأصل عل إجازة الدائن لذلك . (وهذه الأحكام متفقة مع أحكام التفتين المصري: انظر الأستاذ حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدف المراق فقرة ٣٣٥) .

تفتين الموجبات والمقود البنائي م ٢٢٣ : لا يكون التجديد إلا بإدخال عنصر جديد في الموجب . ويتناول التبديل ، إما شخص أحد المتعاقدين ، وإما موضوع الموجب ، وإما السن القانوني الذي يستمد منه الموجب .

(وهذه الأحكام متفقة مع أحكام التفتين المصري ، رغم انتصاب نص التفتين البنائي) .
(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن استبدال الالتزام مقد يتفق فيه الطرفان عل أن يقضيا عل التزام سابق وعل أن يلا ماله التزاما آخر يختلف عن الأول بأحد عناصره الهامة : الساعدين أو الموضوع أو السبب القانوني . ومن المتفق عليه علماً وقضاء أن التعديلات التي تطرأ عل قيمة الالتزام ، أو أجله ، أو طريقة الدفع ، أو التأمينات ، أو شكل العقد بأن كان العقد رسمياً فأصبح مرفياً أو العكس ، لا تكن لإحداث الاستبدال القانوني (استئناف مصر ٥ مايو سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٢٢ رقم ١٠ ص ١٧) ، إلا إذا وجد من الظروف ما يدل عل أن فية للطرفين قد اتجهت إلى تجديد الدين (استئناف مصر ٢٣ أكتوبر سنة ١٩٤٥ المجموعة الرسمية ٤٦ رقم ١٣٩) .

(٢) استئناف مخطط ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٨ م ٥١ ص ٦٢ : مجرد تعيين طريق الوفاء (mode de règlement) مع التصريح بأن ليس هناك تجديد لا يعتبر تجديدًا .

فاضافة أجل الى الالتزام القديم ، أو مد أجل قائم ، أو إلغاء أجل موجود^(١) ، كل ذلك لا يعد تعديلاً جوهرياً بحيث يكون الالتزام الجديد مغايراً للالتزام القديم إلى حد أن يكون هناك تجديد^(٢) . كذلك إضافة شرط جزائي إلى الالتزام ، أو تقديم تأمين عيني أو شخصي ، أو إلغاء هذا التأمين ، أو تعديل مكان الوفاء ، أو تعديل سعر الفائدة بخفضها أو رفعها ، أو تغيير مقدار الدين بزيادته أو نقصه ، كل ذلك لا يعد تعديلاً جوهرياً يترتب عليه تجديد الالتزام^(٣) . وهذا كله ما لم يصرح الطرفان أنهما أرادا تجديدًا ، فيتم التجديد ، وتعتبر هذه التعديلات عندئذ تغييراً في محل الدين^(٤) .

أما تعليق التزام منجز على شرط واقف أو شرط فاسخ ، أو بالعكس إلغاء شرط واقف أو فاسخ كان الالتزام معلقاً عليه فأصبح التزاماً منجزاً ، فإن هذا يعد تعديلاً جوهرياً في الالتزام إلى حد أن يكون تجديدًا له بتغيير محل الدين^(٥) .

(١) استئناف مخطط ٦ يوفيه سنة ١٨٨٩ م ١ ص ٢٣٨ - ١٥ فبراير سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ١٦٩ - ٥ مايو سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٦٤ .

(٢) بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٠٣ : إبدال ورقة تجارية (كبيالة مثلا) بورقة أخرى له الأجل لا يعد تجديدًا .

(٣) انظر المادة ٢/٣٥٤ مقرر وسيبقى ذكرها فيما يلي فقرة ٤٩٧ — وانظر بيدان ولاجارد ٩ فقرة ٩٩٨ ص ٨٥ .

(٤) قارن الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ٢٧٣ .

(٥) بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٠٢ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٦٤ — ولا يعد تجديدًا الصلح مع المفلّس ، أو تغيير العملة التي يكون بها الوفاء ، أو تعيين وكيل لقبض الدين (بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٠٤ - فقرة ١٧٠٩ - أوبري ورو ٤ فقرة ٣٢٤ ص ٣٢٨ - ص ٣٢٩ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٦٤ - بيدان ولاجارد ٩ فقرة ٩٩٨ ص ٨٥) . أما تعديل الالتزام البسيط إلى التزام تخيري ، أو بالعكس تعديل الالتزام التخيري إلى التزام بسيط ، فيعد تجديدًا ، لأن التعديل تناول ذاتية محل الالتزام . بخلاف ما إذا عدل الالتزام البسيط ، إلى التزام بدل ، أو عدل الالتزام البدل إلى التزام بسيط ، فإن هذا ليس بتجديد ، لأن التعديل لم يتناول إلا طريقة من طرق تنفيذ الالتزام (انظر في هذا المعنى بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٠٢) . كذلك صدور حكم بالدين لا يعد تجديدًا لهذا الدين ، بل يبقى الدين المحكوم به كما هو بمقوماته وضماناته ، وكل ما تغير فيه أنه صار مقرراً يستند تنفيذي هو الحكم . أما في القانون الروماني فقد كانت الصنعة فيه تقتضي أن يكون الحكم تجديدًا للدين (انظر في هذا المعنى بيدان ولاجارد ٩ فقرة ٩٩٨ ص ٨٤ - ص ٨٥) .

ويمكن حصر التعديلات الجوهرية التي يتم بها التجديد ، كما هو ظاهر نص المادة ٣٥٢ مدني السابق ذكرها ، في ثلاثة : (١) تعديل بتغيير الدين في محله أو في مصلره ، ويكون هذا تجديداً بتغيير الدين (novation par changement d'objet) (٢) تعديل بتغيير شخص الدائن (novation par changement de créancier) (٣) تعديل بتغيير شخص المدين (novation par changement de débiteur) (١)

٤٩١ - التجديد بتغيير الدين في محله أو في مصلره : تقرر الماد ٣٥٢

مدني ، كما رأينا ، أن الالتزام يتجدد بتغيير الدين إذا اتفق الطرفان على أن يستبدلا بالالتزام الأصلي التزاماً جديداً يختلف عنه في محله أو في مصلره (٢).

ويختلف الالتزام الجديد عن الالتزام القديم في المحل إذا كان محل الالتزام القديم نقوداً مثلاً ، فاتفق الطرفان على أن يكون الالتزام الجديد محله بضاعة أو عروض أو منقول أو عقار كمقادير من القطن أو الحنطة أو كسيارة أو أرض أو دار . وقد يكون محل الالتزام القديم بضاعة أو عروضاً أو منقولات أو عقاراً ، فيتجدد بالالتزام يكون محله نقوداً (٣) . وقد يكون محل الالتزام مبلغاً مقطوعاً من المال ، فيتجدد إلى التزام محله إيراد موقت أو إيراد مؤبد ، أو العكس يكون المحل إيراداً موقتاً أو مؤبداً فيتجدد إلى محل هو مبلغ مقطوع . ويمكن أن تتغير طبيعة المحل ، فيكون تجديداً لإبدال دين تجاري بدين مدني أو دين مدني

(١) انظر المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٤٣ - ولا يوجد ما يمنع من أن يتم التجديد بتعديل أكثر من عنصر واحد من هذه العناصر الثلاثة ، أو بتعديلها جميعاً (بودري وبارد ٣ ققرة ١٦٩٧) . وقد رأينا أن حوالة الدين المقتبلة في بعض ملابح الفقه الإسلامي هي تجديد بتغيير المدين وتجهيد بتغيير الدائن في وقت واحد (انظر آنفاً ققرة ٢٤٠) .

(٢) استئناف مخطط ١٧ أبريل سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٠٤ .

(٣) وقد رأينا أنه إذا نفذ الالتزام الجديد فوراً كان هذا وفاء بمقابل لا تجديداً ، وأن الذي يميز بين الوفاء بمقابل والتجديد هو التنفيذ الفوري أو التراخي للالتزام الجديد . فإن كان التنفيذ فوراً انقضى الالتزام الأصل عن طريق الوفاء بمقابل (أي بتجديده ثم وفاء) ، وإن تراخي التنفيذ انقضى الالتزام الأصل عن طريق التجديد .

بدين تجارى (١). ويغلب أن يتعادل المحل الجديد مع المحل القديم فى القيمة ، ولكن هذا التعادل غير ضرورى لصحة التجديد ، فقد يزيد أحدهما عن الآخر أو ينقص .

ويختلف الالتزام الجديد عن الالتزام القديم فى المصدر إذا اتفق البائع والمشتري مثلاً على أن يبقى الثمن فى ذمة المشتري على سبيل القرض ، فبعد أن كان مصدر الالتزام عقد بيع أصبح مصدره عقد قرض (٢) . كذلك إذا جدد حافظ الوديعة التزامه برد الوديعة فافترضها والتزم بردها كقرض لا كوديعة ، أو بالعكس جعلها بعد القرض وديعة ، كان هذا تجديدًا بتغيير مصدر الالتزام ، فبعد أن كان مصدره وديعة أصبح المصدر قرضاً ، أو بعد أن كان المصدر قرضاً صار وديعة . كذلك إذا استبدل المستعير أو حافظ الوديعة بالتزاماته التزامات المستأجر ، فأصبح مستأجراً لما استعاره أو لما استودع إياه ، كان هذا تجديدًا بتغيير المصدر ، فقد أصبح المصدر إيجاراً بعد أن كان عارية أو وديعة (٣) .

٤٩٢ - التعبير بتغيير الرأى : وتقرر المادة ٣٥٢ مدنى أيضاً ،

كما رأينا ، أن الالتزام يتجدد بتغيير الدائن إذا اتفق الدائن والمدين وأجنبي على أن يكون هذا الأجنبي هو الدائن الجديد . فيجب إذن اتفاق الأطراف الثلاثة : المدين والدائن القديم والدائن الجديد . فالمدين يتفق مع الدائن القديم على انقضاء الالتزام السابق ، ويتفق مع الدائن الجديد على إنشاء التزام الجديد الذى يحل محل الالتزام السابق . وبذلك يتم التجديد بتغيير الدائن ، فينقضى التزام سابق ويحل محله التزام جديد يختلف عن الالتزام السابق

(١) بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٠١ .

(٢) استئناف مخطوط ١٧ يونيو سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٤٤٢ - بلانيول وريير وردوان

٧ فقرة ١٢٦٣ .

(٣) وقد يكتب المستأجر بالأجرة المتأخرة سنداً إذنياً أو سنداً عادياً ، يقسط فيه الأجر بعد أن يحط جزءاً منها ويشترط برائة ذمته من الأجرة ، فيكون هذا تجديدًا بتغيير مصدر الدين : استئناف مخطوط ٥ مايو سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٢٤١ - وانظر أيضاً : استئناف مخطوط ١٧ أبريل سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٠٤ .

بأن الدائن قد تغير (١) .

ونقارن هنا عملية التجديد هذه بعمليتين أخرتين يتغير فيهما الدائن أيضاً :
حوالة الحق والحلول الاتفاق . ونقتصر في المقارنة على الكيفية التي تتم بها
كل عملية من هذه العمليات الثلاث ، مرجعين المقارنة من حيث الأثر الذي
يترتب على كل عملية إلى مكان آخر (٢) . فقد رأينا أن التجديد بتغير الدائن
لا يتم إلا باتفاق بين المدين والدائن القديم والدائن الجديد . أما حوالة الحق فقد
تقدم القول أنها تتم باتفاق بين الدائن القديم والدائن الجديد دون حاجة إلى رضا
المدين ، ويكفي إعلانه بالحوالة لا لانعقادها بل لتنفيذ في حقه . ذلك أن الحق
الذي انتقل إلى الدائن الجديد في حوالة الحق هو نفس الحق الذي في ذمة المدين ،
فليس هناك حق جديد يلتزمه المدين فيقتضى رضاه بهذا الالتزام ، ولم يقع إلا أن
المدين قد تغير عليه دائته وهذا ليس من الخطر بحيث يستلزم رضا المدين .
أما في التجديد بتغير الدائن فقد انقضى دين قديم وحل محله دين جديد شغل
ذمة المدين ، فلا بد في انعقاد هذا الدين الجديد من اتفاق بين المدين والدائن
الجديد ، ومن ثم كان لا بد من رضا المدين .

وفي الحلول الاتفاق رأينا أن دائناً جديداً يحل محل دائن قديم في نفس الدين ،
فالحلول من هذه الناحية يتفق مع الحوالة ويختلف عن التجديد . ثم إن الحلول
يتضمن وفاء الدين من جهة وانتقاله إلى دائن جديد من جهة أخرى كما سبق .
وكل من الوفاء وانتقال الدين لا يقتضى اتفاقاً إلا بين طرفين اثنين ، لا بين
الأطراف الثلاثة . فاما أن يتفق الدائن الجديد مع الدائن القديم على أن يوفيه
الدين ويحل محله فيه ، وإما أن يتفق الدائن الجديد مع المدين على الوفاء بالدين
للدائن القديم وعلى قبول المدين إياه دائناً جديداً محل الدائن القديم . فأحد

(١) فيجب إذن اتفاق الأطراف الثلاثة على أن يحل الدائن الجديد محل الدائن القديم في دين
جديد . فلا يكون هناك تجديد إذا انضم الدائن الجديد إلى القديم في نفس الدين ، بل يكون
هناك اتفاق على تضافر ما بين الدائنين . ولا يكون هناك تجديد إذا لم يتفق على أن يكون الشخص
الجديد دائناً ، بل وكبلاً عن الدائن في قبض الدين (بلانويل وريير وودوان ٧ فقرة ١٢٦١) .

(٢) انظر فقرة ٥٠٢ فيما يلى .

الطرفين في الحلول إذن هو الدائن الجديد، والطرف الثاني إما أن يكون الدائن القديم وإما أن يكون المدين .

٤٩٣ — التجهيز بتغيير المدين : وتقرر المادة ٣٥٢ مدني أخيراً ، كما رأينا ، أن الالتزام يتجدد بتغيير المدين إذا اتفق الدائن مع أجنبي على أن يكون هذا الأجنبي مديناً مكان المدين الأصلي وعلى أن تبرأ ذمة المدين الأصلي دون حاجة إلى رضائه ، أو إذا حصل المدين على رضاء الدائن بشخص أجنبي قبل أن يكون هو المدين الجديد .

فالتجديد بتغيير المدين يتم إذن باحدى طريقتين تقابلان الطريقتين اللتين سبق ذكرهما في حوالة الدين . فاما أن يتفق المدين القديم والمدين الجديد والدائن على التجديد ، بحيث يتقاضى الدين القديم ويحل محله دين جديد يكون المدين فيه هو المدين الجديد . وهذه الطريقة تقابل ما رأيناه في حوالة الدين من اتفاق المدين القديم مع المدين الجديد على الحوالة وإقرار الدائن لهذه الحوالة حتى تنفذ في حقه . وهناك لا يشترط رضاء الدائن في انعقاد الحوالة وإنما يشترط هذا الرضاء في نفاذ الحوالة في حق الدائن ، أما هنا في التجديد فيشترط رضاء الدائن في انعقاد التجديد لا في نفاذه فحسب . والسبب في ذلك أن التجديد يتضمن قضاء دين قديم أحد طرفيه الدائن ، وإنشاء دين جديد أحد طرفيه هو الدائن أيضاً ، فكان لابد من رضائه لقضاء الدين القديم وإنشاء الدين الجديد . أما حوالة الدين فتتغل نفس الدين من ذمة المدين القديم إلى ذمة المدين الجديد ، فكان لابد من رضائهما ، ولا ضرورة لرضاء الدائن مادام الدائن هو هو لم يتغير ، ولكن لما كان سيتغير عليه مدينه فقد اشترط رضائه لنفاذ الحوالة في حقه لا في انعقادها (١) .

(١) وتغير المدين هل الدائن أشد خطراً من تغير الدائن على المدين ، لأن قيمة الدين تتأثر بشخص المدين أكثر من تأثرها بشخص الدائن . ولذلك وجب رضاء الدائن في نفاذ حوالة الدين ، لأن المدين قد تغير وإن كان الدائن لم يتغير . ولم يجب رضاء المدين في حوالة الحق ، لأن المدين لم يتغير وإن تغير الدائن . وقد سقت الإشارة إلى ذلك .

والطريقة الثانية في تجديد الدين بتغيير المدين تكون باتفاق الدائن والمدين الجديد على أن يأخذ هذا المدين مكان المدين الأصلي ، ولا حاجة لرضاء المدين الأصلي لافي انعقاد التجديد ولا في نفاذه (١) . وهذه الطريقة تماثل تماماً الطريقة الأخرى في حوالة الدين ، حيث يجوز أن تتم الحوالة باتفاق بين الدائن والمدين الجديد دون حاجة لرضاء المدين الأصلي . والعلة واحدة ، في عدم اشتراط رضاء المدين الأصلي ، في حالتي التجديد والحوالة . فالمدين الجديد في التجديد يني الدين القديم عن المدين الأصلي عن طريق إنشاء دين جديد في ذمته هو ، ومعروف أن من الجائز أن أجنبياً يني الدين عن المدين دون حاجة لإذ رضائه . والمدين الجديد في حوالة الدين يتفق مع الدائن على أن يتحمل هو بالدين مكان المدين الأصلي ، وهو في ذلك ليس في حاجة إلى رضاء المدين الأصلي إذ هو يستطيع أن يبرئ ذمة هذا المدين دون رضائه كما قلنا . ولكن يلاحظ أن الدائن عند ما يتفق مع المدين الجديد على التجديد فانه يتفق معه على قضاء الدين القديم وإنشاء دين جديد كما سبق القول ، أما عند ما يتفق الدائن

(١) وإذا تعامل دائن التركة مع الورثة ، بصفاتهم الشخصية ، كان هذا تجديدًا للدين بتغيير المدين ، فقد اتفق الدائن مع الوارث وهو المدين الجديد على أن يأخذ هذا مكان المدين القديم وهي التركة . فيجوز لدائن شخصي لوارث ، في هذه الحالة ، أن يحتج على دائن التركة بهذا التجديد ، ويمتنعه قد أصبح هو أيضاً بعد التجديد دائناً شخصياً لوارث ، فيزاحمه مزاحمة الغرماء في نصيب الوارث في التركة (استئناف مخط ٦ مارس سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ١٩٨ - ١٩ فبراير سنة ١٩٣٥ م ٤٢ ص ١٥٦ - أول ديسمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٢٧ - ٩ فبراير سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٩٨ : التنفيذ على مال الوارث الخاص يعتبر بمثابة تجديد) . وانظر أيضاً : استئناف مخط ٣٠ نوفمبر سنة ١٨٩٨ م ١١ ص ٢١ .

وأكثر ما يكون التجديد بتغيير المدين في العمل أن يحدد دائن التركة حقه بتغيير مدينه فيتحفظ الوارث مدينًا له بدلا من التركة ، أو أن يكون المدين الجديد مدينًا للمدين القديم فيثوب ، لوفاه بهذا الدين ، عن المدين القديم في الوفاء بحق الدائن (بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ١٨٠٥) . ولكن لا بد ، في هذه الحالة الأخيرة ، من الاتفاق على التجديد في وضوح . وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن مجرد مطالبة الدائن مدينه عن مدين آخر ، سواء كانت المطالبة برضاء المدين الأصلي أو بتغيير رضاءه ، لا يعد استبدال دين بشيره مبررا للذمة الكفيل ، ولا يبرأ الكفيل إلا بعد حصول الدائن على دين مدينه هذا وبقدره فقط (٢٨ يناير سنة ١٨٩٧ الحقوق ١٢ ص ٣٣٦ - انظر أيضاً : استئناف مصر ٤ يناير سنة ١٩٣٤ المصامدة ١٤ رقم ٣٢١ ص ٦١٦) .

مع المدين الجديد على حوالة الدين فانه يتفق معه على تحويل نفس الدين إلى ذمته لا على إنشاء دين جديد .

وإذا تم التجديد بتغيير المدين باتفاق بين الدائن والمدين الجديد دون اشتراك المدين الأصلي ، فان المدين الجديد يكون في حكم من يتعهد بدلا من المدين الأصلي ، ولذلك يسمى التجديد في هذه الحالة بالتعهد بدلا من المدين (expromission) (١) . أما إذا تم التجديد باتفاق بين المدين الأصلي والمدين الجديد والدائن ، فان المدين الأصلي يكون قد أناب المدين الجديد عنه في وفاء الدين عن طريق إنشاء دين جديد مكانه ، ولذلك يسمى التجديد في هذه الحالة بالإنابة في الوفاء (délégation) . وهى هنا إنابة كاملة (délégation parfaite) لأن الدين القديم ينقضى ويحل محله دين جديد . وقد تكون الإنابة — كما سنرى — قاصرة (délégation imparfaite) ، وفيها يبقى المدين الأصلي ، فلا ينقضى دينه كما في الإنابة الكاملة ، وإنما ينضم إليه المدين الجديد فيصبح هو أيضاً مديناً بدين آخر لنفس الدائن ، ومن ثم يصبح للدائن مدينان أحدهما مدين بالدين الأصلي والآخر مدين بدين جديد ، ومتى قضى أحدهما دينه برئت ذمة الآخر . وسنعود إلى تفصيل ذلك عند الكلام في الإنابة .

وسواء تم التجديد بتغيير المدين بطريقة أو بأخرى ، فقد رأينا أن رضاه

(١) أما إذا انضم المدين الجديد إلى المدين القديم بصفته كفيلا له أو مديناً متضامناً معه ، دون أن ينقضى الالتزام الأصل ، فإن هذا لا يعد تعهداً بدلا من المدين ، بل يكون تعهداً عن المدين في حالة الكفالة أو تعهداً مع المدين في حالة التضامن . وكان الرومان يميزون بين الحالين ، فيدعون التعهد بدلا من المدين expromissio ، ويدعون للتعهد عن المدين أو معه adpromissio .

ولا يجوز تحليل التعهد بدلا من المدين expromissio على أنه اشتراط لمصلحة الغير ، اشترط فيه المدين الجديد على الدائن إبراء ذمة المدين الاصل في مقابل إنشاء التزام جديد في ذمة المدين الجديد للدائن . إذ لو كان هذا التحليل صحيحاً لترتب عليه أن المدين الأصل ، وهو المستفيع في هذا الاشتراط . يكون له الحق في إقرار الاشتراط أو عدم إنراؤه ، فيتوقف مصير التجديد على رضاه ، مع أن التجديد بالطريقة التي نحن في صددنا لا يحتاج أصلاً كما قدمنا لرضاء المدين الأصلي لا لوجود التجديد ولا لإقراره بعد وجوده (انظر بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧١٧) .

كل من الدائن (١) والمدين الجديد ضرورى . ثم تختلف الطريقتان بعد ذلك ،
ففى طريقة منهما نكتفى برضاء هذين الاثنين ، وفى الطريقة الأخرى لابد أن ينضم
إلى رضاها رضاء المدين الأصل (٢) .

المطلب الثالث

نية التجديد

٤٩٤ - النصوص القانونية: تنص المادة ٣٥٤ من التقنين المدنى

على ما يأتى :

١٠ - التجديد لا يخترض ، بل يجب أن يتفق عليه صراحة ، أو أن يستخلص
بوضوح من الظروف .

(١) ولا بد أن يرضى الدائن بتجديد الدين وبإبراء ذمة المدين القديم ، فإن لم يعرض ذمته
واستبقاه مديناً كان هذا إنابة قاصرة كما قلنا (استئناف مخطط ١٦ مايو سنة ١٨٨٩ م ١
ص ١٨٧ - ٣ يوبه سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٣٧٩ - ١٥ نوفمبر سنة ١٩٠٠ م ١٣ ص ١٩ -
٣ أبريل سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢١٨ - ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٠٧ م ٢٠ ص ٩ - ١٣ مايو
سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢١٤ - ٢٧ يناير سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ١١٤ - ٨ يوبه سنة ١٩١٠
م ٢٢ ص ٣٥٦ - ٣٠ نوفمبر سنة ١٩١١ م ٢٤ ص ٢٥ - ٢٦ يوبه سنة ١٩١٢ م ٢٤
ص ٤١٨ - ١٧ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٢٠ - ٢٢ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٦٧ -
٢٣ ديسمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٧٢ - ٢٨ مارس سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٢٨ - ١٥ يناير
سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٥٢ - ٢٩ أكتوبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ٦ - ٢٠ مايو سنة ١٩٢٤
م ٣٦ ص ٣٧٤ - ١٠ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤٥٢ - ٢ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢
ص ١٤٠ - ٦ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٧٤ - ٢٠ يناير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٦٢ -
٢٢ يناير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٦٩ - أول مارس سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٠٥ - ٢٠ ديسمبر
سنة ١٩٣٤ م ٤٧ ص ٧١ - ٢٥ يوبه سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٣٩١) .

(٢) ويجب أن ينصب رضاء المدين الأصل على قضاء الدين القديم وإنشاء دين جديد ، فإن
انصب على انتقال نفس الدين من ذمته إلى ذمة المدين الجديد كان هذا حوالة دين لا تجديداً . وإن
انصب على بقاء الدين فى ذمته مع انتقاله إلى دائن جديد ، لم يكن هذا أيضاً تجديداً ، بل هو
حوالة حق . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن رضاء المدين بحوالة الحق لى أجزاها دائته
لا يترتب عليه تجديد الدين (استئناف مخطط ١٤ مايو سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٣٣٣ - ١١ فبراير
سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٥٤) .

٢٠ - ويوجه خاص لا يستفاد التجديد من كتابة سند بدلين موجود قبل ذلك ، ولا مما يحدث في الالتزام من تغيير لا يتناول إلا زمان الوفاء أو مكانه أو كيفيته ، ولا مما يدخل على الالتزام من تعديل لا يتناول إلا التأمينات أو سعر الفائدة ، كل هذا مالم يوجد اتفاق يقضى بغيره .

وتنص المادة ٣٥٥ على ما يأتي :

١ - لا يكون تجديدًا مجرد تقييد الالتزام في حساب جار .

٢ - وإنما يتجدد الالتزام إذا قطع رصيد الحساب وتم إقراره . على أنه إذا كان الالتزام مكفولا بتأمين خاص ، فإن هذا التأمين يبقى مالم يتفق على غير ذلك (١) .

ولا مقابل لهذه النصوص في التقنين المدني السابق ، ولكن الأحكام كان معمولاً بها دون نص لاتفاقها مع القواعد العامة .

وتقابل هذه النصوص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادتين ٣٥٢-٣٥٣ - وفي التقنين المدني الليبي المادتين ٣٤١-٣٤٢ - وليس لها مقابل في التقنين المدني العراقي - وتقابل في تقنين الموجبات والعقود اللبناني المواد ٣٢٠ - ٣٢١ و ٣٢٤ (٢) .

(١) تاريخ النصوص :

م ٣٥٤ : ورد هذا النص في المادة ٤٩١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٦٦ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٣٥٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٤٧ - ص ٢٤٩) .

م ٣٥٥ : ورد هذا النص في المادة ٤٩٢ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٦٧ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٣٥٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٤٩ - ص ٢٥١) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري : م ٣٥٢ - ٣٥٣ (مطابقتان للمادتين ٣٥٤ - ٣٥٥ من التقنين المدني المصري) .

وهذه النصوص قائمة على أن التجديد عقد يستلزم الرضاء والأهلية ككل عقد آخر . ويتميز بأن الرضاء لا بد أن يشتمل على نية التجديد ، ويجب أن تكون هذه النية واضحة في العقد ، لأن التجديد لا يفترض . ومن ثم لا يستفاد التجديد من مجرد تغييرات في الالتزام لا تمس جوهره ، ولا يكون تجديدًا مجرد تقييد الالتزام في حساب جار .

٤٩٥ — التبرير عقر : ووضح مما قدمناه أن التجديد عقد (contrat)

واتفاق (convention) في وقت واحد . فهو اتفاق حيث يقضى الالتزام القديم ، وهو عقد حيث ينشئ الالتزام الجديد ، وهو في الحالتين نصرف قانوني (acte juridique) ، وقد تقدم ذكر ذلك (١) . وأطراف هذا التصرف تختلف باختلاف صور التجديد . ففي التجديد بتغيير الدين محلا أو مصدراً يكون طرفا التصرف هما الدائن والمدين . وفي التجديد بتغيير الدائن تكون أطراف التصرف هم الدائن والمدين والدائن الجديد . وفي التجديد بتغيير المدين تكون أطراف التصرف تارة هم الدائن والمدين والمدين الجديد ، وطورا هما الدائن والمدين الجديد وحدهما . وقد سبق بيان ذلك تفصيلا .

والتجديد ، ككل التصرفات القانونية ، يقتضى رضاء أطرافه رضاء خالياً

— التقنين المدني الليبي : م ٣٤١ - ٣٤٢ (مطابقتان للمادتين ٣٥٤ - ٣٥٥ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي : لا مقابل . ولكن يمكن العمل بأحكام التقنين المدني المصري لاتفاقتها مع القواعد العامة : انظر في هذا المعنى الأستاذ حسن اللدنون في أحكام الالتزام المدني العراقي فقرة ٣٣٦ - فقرة ٣٣٧) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني : م ٣٢٠ : التجديد هو استبدال الموجب الأول بموجب جديد . وتجديد الموجب لا يقدر وجوده ، بل يجب أن يستفاد من العقد صراحة .

م ٣٢١ : يجب أن يكون الدائن أهلا للتصرف في حقه ، والمديون أهلا للالتزام .

م ٣٢٤ : لا يستنتج التجديد من تغيير صفة الموجب أو تغيير محل الإيفاء ولا من وضع سند قابل للقطع ولا من انضمام أشخاص آخرين إلى الموجب عليهم .

(وأحكام التقنين اللبناني والمصري متفقة) .

(١) انظر آنفاً فقرة ٤٨٤ .

مع عيوب الإرادة ، ومجلا هو إنهاء الالتزام القديم وإنشاء الالتزام الجديد ،
وسبباً هو إبدال التزام بالتزام حتى ينقضى الالتزام القديم (١) .

٤٩٦ — **الأهلية في التجديد** : ويجب ، كما في كل التصرفات
القانونية ، أن تتوافر الأهلية اللازمة في أطراف التجديد .

وفي الدائن ، وهو يقضى الالتزام القديم وينشئ التزاماً جديداً ، لا يكفي
أن تتوافر أهلية الاستيفاء ، بل يجب أيضاً أن تتوافر فيه أهلية الالتزام
والتصرف (٢) . ومن ثم لا يجوز للوصى ولا للقيم أن يحدد ديناً لمحجوره إلا
باذن من المحكمة . ولا يجوز للقاصر ولا للمحجور أن يحدد ديناً له إلا بإجازة
وليّه وإذن المحكمة .

وفي المدين ، وهو يقضى التزاماً قديماً وينشئ التزاماً جديداً ، لا يكفي أن
تتوافر أهلية وفاء الدين ، بل يجب أيضاً أن تتوافر فيه أهلية الالتزام (٣) .

وفي الدائن الجديد ، في حالة التجديد بتغيير الدائن ، لا تشترط إلا أهلية
التعاقد والإدارة لأنه لا يلتزم بشيء ، بل هو دائن في الدين الجديد . فيكفي

(١) استئناف مخطط ٢٧ يناير سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ١٨٢ — وثبت التجديد وفقاً لقواعد
العامّة ، فإذا زاد الدين الجديد على عشرة جنيهات وجب الإثبات بالكتابة أو بمبدأ ثبوت بالكتابة
معزاً بالبيئة أو بالفرائض (استئناف مخطط ٢٢ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٦٨) . وانظر في
أن البيئة لا تجوز فيما يخالف المكتوب : استئناف مخطط ٢٧ مايو سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٦٤ .
(٢) انظر المادة ٣٢١ من تقنين الموجبات والمقود البناني (أنفاً فقرة ٤٩٤ في الهامش) —

دهولومب ٢٨ فقرة ٢٦٣ — لوران ١٨ فقرة ٢٥٥ — ٢٥٦ — بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٢٧ .
وقد قلنا في التضامن أنه إذا جدد أحد الدائنين المتضامنين الدين ، إما بتغيير محل الدين
أو مصدره أو بتغيير المدين أو بتغيير الدائن نفسه ، فإن هذا التجديد يقضى حصة الدائن في الدين
بالنسبة إلى سائر الدائنين . ولأى دائن آخر أن يرجع على المدين بالدين منقوصاً منه حصة الدائن
اللى صدر منه التجديد ، فلا تبرأ ذمة المدين إذن نحو سائر الدائنين إلا بمقدار حصة هذا المدين .
فإذا رجع دائن آخر على المدين بالدين على الوجه المذكور ، كان للمدين الرجوع على الدائن الذى
صدر منه التجديد بما دفعه إليه زائداً على حصته (انظر آنفاً فقرة ١٣٨) .

(٣) انظر المادة ٣٢١ من تقنين الموجبات والمقود البناني (أنفاً فقرة ٤٩٤ في الهامش) —
والظر بلانيسول وريبير ودوان ٧ فقرة ١٢٦٦ — الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام
فقرة ٢٧٣ ص ٣٥٥ .

أن يكون مميزاً ، ما لم يكن قد دفع عوضاً للدائن للقديم أو نزل عن دين له في ذمته فعند ذلك تشترط أهلية التصرف .

وفي المدين الجديد ، في حالة التجديد بتغير المدين ، يجب أن تتوافر أهلية الالتزام لأنه يلتزم بالدين الجديد ، فلا يكفي أن يكون مميزاً ، بل يجب أن يكون قد بلغ سن الرشد غير محجور عليه .

٤٩٧ - وضوح نية التجديد : وقد رأينا أن الفقرة الأولى من المادة

٣٥٤ مدني تنص على أن « التجديد لا يفترض ، بل يجب أن يتفق عليه صراحة ، أو أن يستخلص بوضوح من الظروف » . فليس أي تغير في الالتزام القديم يكفي لإظهار نية التجديد . ونية التجديد لا تفترض ، إذ الأصل ألا يكون هناك تجديد حتى يقوم الدليل على العكس . فلا بد إذن من أن تكون نية التجديد صريحة في العقد ، أو في القليل لا بد أن تكون واضحة بحيث لا يكون هناك مجال للشك فيها . وعند الشك فيما إذا كان يراد التجديد أو لا يراد ، فإن الشك يفسر ضد التجديد ، ولا يعتبر أن هناك تجديدًا (١) .

(١) نفقش مدني ١٩ مارس سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٠٤ ص ٦٧٣ - استئناف مصر ٥ مايو سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣٢ رقم ١٠ ص ١٧ - استئناف مخطوط ٦ يونيو سنة ١٨٨٩ م ١ ص ٢٣٨ - ٤ فبراير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣٧٢ - ٢٩ مايو سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣٠٠ - ٤ فبراير سنة ١٨٩١ م ٢ ص ١٧٢ - ١٥ فبراير سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٣٠٧ - ٣٠ ديسمبر سنة ١٨٩١ م ٤ ص ٧٦ - ١٧ أبريل سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٠٤ - ٣ أبريل سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢١٨ - ١٤ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٤٧ - ١٨ مايو سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٥٦ - ٢٣ ديسمبر سنة ١٩١١ م ٢٤ ص ١٥ - ١٩ أبريل سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٥٩ .

ويجب أن تكون نية التجديد من الوضوح بحيث تتعارض الظروف مع احتمال بقاء الالتزام القديم (بودي وبارد ٣ فقرة ١٧٣١) . فظهور مدين جديد أو دائن جديد لا تستلزم ضرورة نية التجديد ، إذ قد يكون هذا المدين الجديد قد انضم إلى المدين الأصل ملحقاً متضامناً أو كفيلًا ، أو يكون هذا الدائن الجديد قد انضم إلى الدائن الأصل دائناً متضامناً أو غير متضامن (بودي وبارد ٣ فقرة ١٧٣١ - بلانيول وريبير وودوان ٧ فقرة ١٢٦٥) . وانظر أيضاً المذكورة الإيضاحية للمشروع التهدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٥٠ . وإذا كان واحد من المدينين المتضامنين بالذات هو الذي يتعامل دائماً مع الدائن ويراجع الحساب ويبلغ الفواتير والأصاط ، فليس في هذا دليل على التجديد إذ هو يصفته ملحقاً متضامناً مستقر من كل ذلك (بلانيول وريبير وودوان ٧ فقرة ١٢٦٥) . ٩

وقد رأينا فيما قدمناه أنه حتى تقوم نية التجديد واضحة يجب أن يغير الالتزام الجديد الالتزام القديم في عنصر من عناصره الهامة (١). فتغيير محل الدين أو مصدره ، وإضافة شرط أو إلغاؤه ، وتغيير الدائن ، وتغيير المدين ، كل هذا ينطوي على إدخال تعديلات جوهرية تخلص منها نية التجديد بوضوح. وإضافة أجل ، أو مد أجل قائم ، أو إلغاء أجل موجود ، أو إضافة شرط جزائي ، أو تقديم تأمين عيني أو شخصي ، أو إلغاء هذا التأمين ، أو تغيير مكان الوفاء ، أو تعديل سعر الفائدة مخفضها أو رفعها ، أو تغيير مقدار الدين بزيادته أو نقصه ، كل ذلك لا يكتفي لاستخلاص نية التجديد ، إلا إذا وجدت ظروف أخرى تدل في وضوح على هذه النية (٢). وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٣٤٥ مدني على ذلك صراحة ، فقد رأيناها تقضي بأنه لا يستفاد من التجديد من كتابة سند دين بدين موجود قبل ذلك ، ولا مما يحدث في الالتزام من تغيير لا يتناول إلزامان الوفاء أو مكانه أو كميته ، ولا مما يدخل على الالتزام من تعديل لا يتناول إلا التأمينات أو سعر الفائدة ، كل هذا ما لم يوجد اتفاق يقضي بغيره (٣).

ويتبين مما تقدم أن مجرد كتابة سند بدين كان غير مكتوب لا يعد تجديدًا ، بل هو هيئة دليل على دين موجود فعلاً (٤). كذلك إبدال ورقة تجارية بورقة

(١) انظر آتفا فقرة ٤٩٠ وقرة ٤٩٤ .

(٢) استئناف مصر ١٨ فبراير سنة ١٩٤٧ المجموعة الرسمية ٤٨ رقم ٢٤٧ - استئناف مخطط ٢٣ مارس سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٢٠٦ - ٢٠ أبريل سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٢٧٣ - ٢٦ أبريل سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٢٨٢ - ٣١ يناير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١١٨ - ٢٨ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٨٦ - ١٢ فبراير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٣٥ - ٢٣ ديسمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٧٣ - ١٣ أبريل سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٥٤ - ١٥ يونيو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٣٣ - ٢٠ يونيو سنة ١٩٢٢ م ٢٤ ص ٤٨٩ - ٢٧ مايو سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٨٨ . وإدراج دائن في قائمة التوزيع وتسليمه أمر الصرف لا يعتبر تجديدًا (بلانول وريير وردوان ٧ فقرة ١٢٦٥ ص ٦٧١ هامش رقم ١) .

(٣) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٤٨ وقد جاء في آخرها : « وتتضح أهمية نية التجديد في هذه التطبيقات جميعاً من الناحية العملية في الإبقاء على الدين بجميع ما يلحق به من التأمينات » .

(٤) وقد قضت محكمة أسبوت بأن مجرد تغيير طريقة الدفع ، أو تحرير سند دمي بدل آخر =

تجارية أخرى ، كإبدال كميالة بكميالة أخرى أو سند إذنى بكميالة أو كميالة بسند إذنى ، بغرض مد أجل الدين ، أو تغيير سند الدين بكميالة أو سند إذنى ، لا يعد تجديدًا (١) . وكذلك تحرير كميالة أو سند إذنى بضمن المبيع لا يعد تجديدًا للضمن ، بل يكون ضرباً من التوثيق له ، ويبقى امتياز البائع قائماً حتى بعد كتابة الكميالة أو السند ، وهذا ما لم يتفق على غيره . فإذا باع شخص لآخر داراً أو سيارة ، وقبض البائع الثمن كميالات أو سندات إذنية ، فلا يعد هذا تجديدًا للضمن ، ويبقى للبائع حق الامتياز وحق الفسخ (٢) ، وهذا ما لم يتفق على

== عرفى ، أو تأجيل الوفاء ، أو تقسيطه ، أو ما شابه ذلك ، لا يعتبر تجديدًا للتعهد . ويعتبر تجديدًا تغيير العهد سبب الالتزام ، كما إذا كتب بمتأخر الأجرة سند تحت الإذن وذكر فيه أنه قرض (أسبوط ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٢١٩ ص ٤٠٤) - انظر أيضاً بودى وبارد ٣ فقرة ١٧٠٧ .

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه لا يعتبر استبدال الدين اتفاق الدائن مع المدين على تقسيط الدين وتحرير سندات بأقساطه ، فلا يترتب حل ذلك براءة ذمة الكفيل من الدين (١٤ مارس سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ رقم ٥٣٨ ص ٨٩٥) . وقضت أيضاً بأن التوقيع على كميالات جديدة بدلاً من كميالات سابقة فقدت أو أعلنت لا يعتبر استبدالاً للدين يبنى عليه زوال التأمينات ، وإنما يعد ذلك إقراراً بدين سابق (٩ نوفمبر سنة ١٩٢٦ المجموعة الرسمية ٢٨ رقم ٤٠ ص ٦٤) . وقضت محكمة الاستئناف المختطة بأن مجرد تغيير سند الدين بكميالة أو بسند إذنى لا يعتبر تجديدًا ، ويجوز للدائن أن يطالب المدين إما بموجب السند الأصل فيرد السند الجديد ، أو بموجب السند الجديد فيلغى السند الأصل ، وهذا كله ما لم تظهر نية التجديد بوضوح (استئناف مختلط ٢٦ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٠٥ - ٢٧ أبريل سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٩٤ - وانظر أيضاً في هذا المعنى : استئناف مختلط ٦ يونيو سنة ١٨٨٩ م ١ ص ٢٣٨ - ٢٢ مارس سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ١٨٢ - ١٥ أبريل سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ١٦٩ - ١١ أبريل سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٥٩ - ٩ مارس سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٢٧٩ - ٢٥ أكتوبر سنة ١٩٢٣ م ٤٥ ص ٢ - ٧ مارس سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٠٣ - ١٥ نوفمبر سنة ١٩٣٤ م ٤٧ ص ٢٨ - ١١ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٤٩ - ١٨ يونيو سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٣٧٨) .

ولا يعد تجديدًا تغيير سند الدين بكميالة أو سند إذنى حتى لو أعطى الدائن مخالصة بالدين ، إذ المفروض أنه جعل هذه المخالصة مشروطة بإصدار الكميالة أو السند الأذنى . ومن باب أولى لا يكون هناك تجديد إذا ذكر الدائن في الكميالة أو السند السبب الذى من أجله حرر السند الجديد : انظر في هذه المسألة ديولومب ٢٨ فقرة ٢٩٧ لوران ١٨ فقرة ٢٨٣ - هيك ٨ فقرة ١١٣ - بودى وبارد ٣ فقرة ١٧٣٢ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٦٤ ص ٦٧٠ .

(٢) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا ذكر في عقد بيع عقار أن باقى الثمن تحمرو به =

التجديد ، وبعد اتفاقاً على التجديد أن يقر البائع أنه تسلم الثمن نقداً (١) . ولا يعتبر تجديد الإقرار بدين بعد صدور حكم به ولو قيل في الإقرار إنه في حالة عدم الوفاء ينفذ الحكم (٢) ، ولا الإقرار المكتوب الصادر من المستأجر بالتجديد في ذمته من الأجرة فيبقى امتياز المؤجر ويتقدم الدين بخمس سنوات (٣) .

= سند تحت الإذن ، وذكر بالسند أن القيمة باقية ثمن عقار ، كان هذا دليلاً على أن المتأدين لم يقصد استبدال الدين ، وعلى ذلك لا تسقط الضمانات المترتبة لصالح الدين (٥ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ١٤١ ص ١٨٧) . وقضت أيضاً بأنه إذا استصدر البائع من المشتري أو من المشتريين من المشتري سندات لأمره وإذنه ، ثم احتفظ بفهمان المشتري منه ، دل هذا على أن نية الاستبدال معدومة . ولو استصدر البائع السندات من المشتريين من المشتري منه ولم يخل ذمة المشتري الأصل من باقى الثمن ، فلا يكون هناك استبدال مطلق على شرط قيام المشتريين المجدد بسداد الدين فإن لم يسدده بقي الالتزام الأصل عالقاً بذمة المشتري الأول (٢٧ نوفمبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٢٨٤ ص ٥٤٧) . وقضت أيضاً بأن مجرد تحرير سند مستقل بالثمن لا يفيد أن البائع قصد اعتبار أن الثمن قد دفع وأن التأمينات التي كانت تضمنه قد سقطت ، بل إن قصد المتأدين كان إيجاد أداة جديدة لدفع الثمن ، فيعد أن كان ثابتاً بالعقد أصبح ثابتاً بالسند (١٦ فبراير سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٣ رقم ٦٢٨ ص ١٢٣٢) - انظر أيضاً : استئناف وطني ٢٣ فبراير سنة ١٩٠٥ المجموعة الرسمية ٦ رقم ٧٦ ص ١٥٨ - استئناف مختلط ٢٣ نوفمبر سنة ١٩١١ م ٢٤ ص ١٥ - ٢٦ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٠٥ - ١٧ أبريل سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٣٣ - وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا حرر الغير سندات بالثمن للبائع ، لم يكن هذا تجديدًا بتغيير المدين ، بل إنابة في الوفاء لإنابة قاصرة ، ويكون الغير مدينًا للبائع بدين جديد إلى جانب الدين الذي في ذمة المشتري (٥ نوفمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ١٣) .

(١) استئناف مختلط ٨ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٨٩ .

(٢) استئناف مختلط ٩ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣١١ .

(٣) نقض ملق ١٩ مارس سنة ١٩٥٣ المحاماة ٣٥ رقم ١٦ ص ٥٦ - وقضت محكمة مصر بأنه إذا حصلت محاسبة واتفاق بين المتأدين من دين الإيجار ، وتهدد المستأجر بدفع الباقي لإذن المؤجر على نفس ورقة المحاسبة ، فلا يعتبر هذا السند استبدالاً ، لأنه قد ذكر فيه بصريح العبارة أن سبب تحرير هذا السند هو دين الإيجار السابق ، وهذا يظهر بجملة أن للمتأدين احتفاظاً بسبب الدين الأصل . أما التمهيد بأن يدفع المستأجر الباقي لإذن المؤجر ، فهذا من قبيل التسهيل في الوفاء ، بدليل أن كثيراً من عقود الإيجار ينص فيها على قابليتها للتحويل ولا تفقد طبيعتها (٨ مارس سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٢١٨ ص ٤٣٤) .

هذا والأصل في الصلح ألا يكون تجديدًا للدين . وقضت محكمة استئناف مصر بأن الصلح مقرر للحقوق لا منتهى لها ، فهو لا يغير من طبيعة الدين المتصالح عليه ، وتبقى جميع التأمينات التي كانت الحق الذي وقع عليه الصلح على حالتها الوفاء بالصلح ، فلا يعتبر الصلح استبدالاً للدين المتصالح عليه . ولا عبرة كذلك بعدم ذكر قابلية الدين للتحويل في محضر الصلح ، لأن العبارة =

والإثبات نية التجديد يتبع فيه القواعد العامة للإثبات (١). وعبد الإثبات يقع على عاتق من يدعى التجديد ، لأن التجديد كما قدمنا لا يفترض (٢). واستخلاص نية التجديد من الظروف مسألة واقع تترك لقاضي الموضوع ، ولا معقب عليه في ذلك ، ولا يخضع تقديره لرقابة محكمة النقض (٣).

٤٩٨ - تغيير الالتزام في حساب جار : وقد رأينا أن المادة ٣٥٥ مدني تنص بأنه لا يكون تجديداً مجرد تقييد الالتزام في حساب جار ، وإنما يتجدد

في ذلك بسند الدين الأصل إلا إذا حصل المفعول منه صراحة ، (٢ أبريل سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٠ رقم ٣٥٥ ص ٧١٧) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الصلح مع المفسد لا يبعد الدين (١٢ فبراير سنة ١٩٢٥ م ٢٧ ص ٢٣١) ، إلا إذا ظهرت نية التجديد بوضوح (٨ مايو سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٣٥٢) ، وقضت أيضاً بأن الصلح على حكم بإدخال بعض تمديدات فيه والنزول عن جزء منه لا يبعد تجديداً ، فإذا لم يتغذى المدين الصلح كان الدائن أن يتغذى عليه الحكم (٣٠ ديسمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ٧٩) .

وقد قدمنا أن الدفع بطريق الشيك لا يعتبر تجديداً ، بل هو لا يعتبر وفاة إلا بعد قبض قيمة الشيك (استئناف مختلط ٢٦ فبراير سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١١١ - وانظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيلي في مجمعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٥٠ والمادة ٢٦٥ من تقنين الالتزامات للبولوجي - وانظر بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٦٤ ص ٦٧٠ - سي باج ٣ فقرة ٥٦٢ وقرة ٦١١) .

وقد تتضمن تصفية الحساب تجديداً ، وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه عند تصفية الحساب قد يكون الرصيد تجديداً الدين إذا ظهر ذلك بوضوح من نية الطرفين، وتستظهر هذه النية إذا كان الحساب متعلقاً بعقد البيع ونزل البائع بعد تصفية الحساب عن امتياز (٣٠ يناير سنة ١٩١٣ م ٢ ص ١٥٥) .

(١) بيدان ولا جارد ٩ فقرة ٩٨ - فلا يجوز الإثبات إلا بالكتابة أو بما يقوم مقامها فيما يزيد على عشرة جنهات، وفيما لا يزيد على عشرة جنهات يجوز الإثبات بالبينه أو بالقرائن . وكون التجديد لا يفترض ليس معناه عدم جواز إثباته بالقرائن فيما لا يزيد على عشرة جنهات، بل معناه إنه إذا قام شك لا يعتبر أن هناك تجديداً (ديمولومب ٢٨ فقرة ٢٧٠ - لوران ١٨ فقرة ٢٦١ - بودري وبارد ٣ فقرة ١٧٣٣) .

(٢) بودري وبارد ٣ فقرة ١٧٣٣ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٧٦٥ ص ٦٧٢ . (٣) نقض مدني ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٤٨ مجمعة محر ٣ رقم ٣٦ ص ٩٣ - بودري وبارد ٣ فقرة ١٧٣٤ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٧٦٥ ص ٦٧٢ - ولكن إذا كانت عناصر التجديد موجودة وفقاً لما ذهب إليه قاضي الموضوع في تفسير نية الطرفين ، وجب تطبيق أحكام التجديد ، ولحكمه النقض الرقابة على قاضي الموضوع في ذلك (بودري وبارد ٣ فقرة ١٧٣٤ وهيران إلى حكم محكمة النقض الفرنسية في ١٣ يناير سنة ١٩٠٣ دالوز ١٩٠٣ - ١ - ١٢٢) .

الالتزام إذا قطع رصيد الحساب وتم إقراره ، على أنه إذا كان الالتزام مكفولاً بتأمين خاص فإن هذا التأمين يبقى مالم يتفق على غير ذلك . ويخلص من هذا النص أن مجرد تقييد الالتزام في حساب جار لا يكون تجديدًا لهذا الالتزام . والسبب في ذلك أن التجديد لا يكون إلا حيث يحل التزام جديد محل التزام سابق ، ومجرد تقييد الالتزام في الحساب الجارى قبل قطع رصيد الحساب لا ينشئ التزاماً جديداً ليحل محل الالتزام الذى أجرى تقييده ، ومن ثم لا يتم التجديد . ولكن ذلك لا يمنع من أن الالتزام الذى أجرى تقييده في الحساب الجارى ، وفقاً للقواعد المقررة في الحسابات الجارية وهى قواعد تقتضيها طبيعة هذه الحسابات ، تبقى ذاتيته باندماجه في الحساب الجارى وصيرورته قلماً من أعلامه في الجهة الدائنة أو الجهة المدينة بحسب الأحوال . ومن ثم يتقضى هذا الالتزام قبل أن يتم تجديده ، والذى يحل محله ليس التزاماً جديداً فإن هذا لا يكون إلا بعد قطع رصيد الحساب كما قلنا ، ولكن عنصر حسابي (article de crédit - élément de comptabilité) هو الدائنة أو المديونية التى يمثلها الالتزام في الحساب الجارى (١) . ويترتب على أن الالتزام يتقضى حتى قبل أن يتم التجديد أن تزول عنه صفته المدنية إذا كان ديناً مدنياً ، ولا يعود يخضع لسريان التقادم والذى يتقادم إنما هو رصيد الحساب بعد قطعه (٢) . وكان ينبغي ، إذا كان الالتزام مكفولاً بتأمين خاص ، أن يتقضى هذا التأمين بانقضاء الالتزام ، حتى قبل التجديد . ولكن النص صريح ، كما رأينا ، في أن التأمين يبقى مالم يتفق على غير ذلك (٣) .

(١) انظر في هذا المعنى بودرى وبارد ٣ فترة ١٧١٠ - بلانيول وريير وردوان ٧ فترة ١٢٦٢ ص ٦٦٨ وهامش رقم ٥ والمراجع والأحكام المشار إليها - ميدان ولاجار ٩ فترة ٩٩٨ ص ٨٥ - دى باج ٣ فترة ٥٦٤ مكررة - وقارن ديموج في المجلة الفصلية لقانون المدنى سنة ١٩٠٦ ص ٣١٦ .

(٢) ولا يتقادم الرصيد إلا بخمس عشرة سنة ، حتى لو كانت الالتزامات المقيدة تتقادم بأقل من هذه المدة (استئناف مصر ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٢٥ المجموعة الرسمية ٢٧ رقم ٦٧ ص ١٠٤ - ١٥ يونيو سنة ١٩٢٦ المضافة ٧ رقم ٨٥ ص ١١٤) .

(٣) وقد كانت محكمة الاستئناف المخططة تقضى بهذا المعنى في عهد التتبعين الذى السابق بالرقم من أن هذا التتبعين لم يكن يشتمل على نص في ذلك : استئناف مخطط ٢٧ فبراير سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ١٥٤ - ٦ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٣٥ .

فاذا ما قطع رصيد الحساب الجارى وتم إقراره ، فان الرصيد يكون حقاً لأحد طرفى الحساب ودينياً فى ذمة الآخر . وعند ذلك يتم تجديد جميع الالتزامات المقيدة فى الحساب الجارى ، ويصبح هذا الرصيد هو الالتزام الجديد الذى حل محل الالتزامات المقيدة (١) . وينقل إلى الرصيد التأمين الخاص الذى كان يكفل الالتزام المقيد ، والذى رأيناه يبقى بالرغم من انقضاء هذا الالتزام . ذلك أن القانون يفترض أن نية الطرفين قد انصرفت إلى استبقاء التأمين الخاص بعد تقييد الالتزام ، فاذا ما قطع الرصيد انتقل التأمين إليه فأصبح مكفولاً به . وغنى عن البيان أن هذا مجرد افتراض يجوز إسقاط دلالاته عن طريق اتفاق الطرفين على زوال التأمين بمجرد تقييد الالتزام فى الحساب وانقضائه على هذا الوجه (٢) .

(١) قارن استئناف مخطط ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٠٤ م ١٧ ص ٤٩ - وانظر فى هذه المسألة الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٨٢ - ص ٨٤ : وهو يقول بأن الالتزام يفقد ذاتيته من وقت تقييده فى الحساب الجارى ، ولكن يذهب إلى أن التفتين الجديد حل للمكس من ذلك يجعله محفظاً لذاتيته ، ويستدل بالنص الذى يقضى بأن مجرد تقييد الالتزام فى حساب جارى لا يكون تجديدًا . وغنى عن البيان أنه لا يوجد أى تناقض بين عدم تجديد الالتزام بمجرد تقييده فى الحساب الجارى وبين فناء ذاتيته بانساجه فى هذا الحساب ، فقد قدسنا أن الالتزام بتقييده فى الحساب الجارى ينتفى قبل أن يتجدد . والذى نص عليه للتفتين الجديد هو أن الالتزام لا يتجدد بمجرد تقييده فى الحساب الجارى ، وهذا صحيح ، ولكنه لا يمنع من فناء ذاتيته وانقضائه بهذا التقييد .

(٢) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « ولا يتجدد الالتزام بمجرد رصده فى الحساب الجارى ، ما دام هذا الحساب لم يقطع . فإن قطع هذا الحساب وتم إقراره ، استتبع ذلك التجديد . وقد نص ، استثناء من حكم القواعد العامة ، على بقاء الرهن التأمينى الذى ينشأ لضمان الوفاء بالالتزام ، رغم تجديده بسبب قطع رصيد الحساب الجارى . إلا أن هذا الاستثناء أقيم على قرينة بسيطة ، يجوز إسقاط دلالاتها بإثبات المكس : أنظر المادة ١١٧ من من تفتين الالتزامات السويسرى والمادة ٤٩٢ من المشروع (مجموعة الأعمال الصحفية ٣ ص ٢٥٠) .

المبحث الثاني

الآثار التي تترتب على التجديد

٤٩٩ — انقضاء الالتزام الأصلي ومولود التزام جديد —

التأمينات : قدمنا أن التجديد يترتب عليه انقضاء الالتزام الأصلي ونشوء التزام جديد محل محله . أما التأمينات التي كانت تكفل الالتزام الأصلي ، فالأصل فيها أنها تزول مع هذا الالتزام الذي كانت تكفله ، إلا أنه يجوز استثناء نقلها إلى الالتزام الجديد .

فنتكلم إذن في مسألتين : (١) انقضاء الالتزام الأصلي ونشوء التزام جديد .
(٢) انتقال التأمينات استثناء إلى الالتزام الجديد .

المطلب الأول

انقضاء الالتزام الأصلي ونشوء التزام جديد

٥٠٠ — **النصوص القانونية :** تنص المادة ٣٥٦ من التقنين المدني

على ما يأتي :

١ — يترتب على التجديد أن ينقضى الالتزام الأصلي بتوابعه وأن ينشأ مكانه التزام جديد .

٢ — ولا ينتقل إلى الالتزام الجديد التأمينات التي كانت تكفل الالتزام الأصلي إلا بنص في القانون ، أو إلا إذا تبين من الاتفاق أو من الظروف أن نية

المتعاقدين قد انصرفت إلى ذلك (١) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادتين ٢٤٩/١٨٦ و ٢٥٢/١٨٨ (٢) .
ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري
المادة ٣٥٤ — وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٤٣ — وفي التقنين المدني العراقي
المادتين ٤٠٣ و ٤٠٤ — وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ١/٣٢٥ (٣) .
ويخلص من هذا النص أن التجديد يقضى الالتزام الأصلي وينشئ التزاماً

(١) تاريخ النص : ورد هذا في المادة ٤٩٣ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما
استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدى لم يكن يتضمن عبارة « إلا
ينص في القانون » . وفي لجنة المراجعة أضيفت هذه العبارة لتواجه انتقال التأمينات بنص
القانون في حالة قطع رصيد الحساب الجارى مثلا ، فإن المادة ٣٥٥ تنقل التأمين الخاص الذى
قد يكون الالتزام مكفولا به إلى هذا الرصيد . وأصبحت المادة رقمها ٣٦٨ في المشروع النهائى .
ووافق عليها مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٣٥٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣
ص ٢٥٢ — ص ٢٥٣) .

(٢) التقنين المدني السابق م ٢٤٩/١٨٦ : استبدال الدين يترتب عليه زواله وإيجاد دين
غيره بدله ، ويكون الاستبدال بمقتضى .
م ٢٥٢/١٨٨ : التأمينات التى كانت على الدين القديم لا تكون على الدين الجديد ، إلا إذا
تبين من العقد أو من قرائن الأحوال قصد المتعاقدين انتقالها على الدين الجديد .
(ولا فرق بين التقنينين السابق والجديد في الحكم : الموزع للمؤلف فقرة ٥٧٧ — فقرة
٥٧٩) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري : م ٣٥٤ (مطابقة للمادة ٣٥٦ من التقنين المدني المصرى) .
التقنين المدني الليبي : م ٣٤٣ (مطابقة للمادة ٣٥٦ من التقنين المدني المصرى) .
التقنين المدني العراقي : م ٤٠٣ : إذا جدد الالتزام ، سقط الالتزام الأصل ، وحل محله
الالتزام جديد .

م ٤٠٤ : إذا كان الدين الأصل مكفولا بتأمينات شخصية أو مبنية ، وصار تجديده ،
سقطت التأمينات ، إلا إذا جددت هى أيضاً .

(وحكم التقنين العراقى متفق مع حكم التقنين المصرى : أنظر الأستاذ حسن الدنون في أحكام
الالتزام في القانون المدني العراقى فقرة ٣٣٨ و فقرة ٣٤٠) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ١/٣٢٥ : إن التجديد يسقط الموجب أصلاً وفرعاً تجاه
الجميع . (والحكم متفق مع حكم التقنين المصرى) .

جديداً يحل محله ، وهذا هو الفرق الجوهرى ما بين التجديد من جهة وبين الحوالة والحلول من جهة أخرى .

٥٠١ - انقضاء الالتزام الأصلي ونشوء التزام جديد : التجديد ،

كالوفاء ، يقضى الالتزام الأصلي ، فيزول هذا الالتزام بمقوماته وصفاته ودفعه وما يلحق به من التأمينات .

والتجديد فى الوقت ذاته ينشئ التزاماً جديداً يحل محل الالتزام المنقضى . وانقضاء الالتزام الأصلي منوط بنشوء الالتزام الجديد ، فلا ينقضى ذاك إلا إذا نشأ هذا ، ولا ينشأ هذا إلا إذا انقضى ذاك (١) . ولا بد أن يختلف الالتزام الجديد عن الالتزام الأصلي ، كما قدمنا ، فى عنصر من عناصره الجوهرية . والالتزام الجديد على كل حال التزام غير الالتزام الأصلي ، له مقوماته الذاتية (٢) ، وصفاته ودفعه وتأميناته . فقد يكون الالتزام الأصلي تجارياً ، وينشأ الالتزام الجديد مدنياً . وقد يكون الالتزام الأصلي غير منتج لفوائد ، وينتج الالتزام الجديد فوائد ، وقد يكون الالتزام الأصلي غير ثابت فى سند قابل للتنفيذ ، ويثبت الالتزام الجديد فى ورقة رسمية فيكون قابلاً للتنفيذ . وقد يكون الالتزام الأصلي معلقاً على شرط أو مضافاً إلى أجل ، ويكون الالتزام الجديد منجزاً لا شرط فيه ولا أجل . وقد يتقادم الالتزام الأصلي بمدة قصيرة ، ويتقادم الالتزام الجديد بمدة أطول . وقد يكون الالتزام الأصلي مصدره عقد قابل للإبطال فيجوز دفعه بإبطاله ، ويكون الالتزام الجديد مترتباً على تجديد هو إجازة للعقد القابل للإبطال فلا يجوز دفعه بهذا الدفع . وقد يكون الالتزام الأصلي مكفولاً بتأمينات عينية أو شخصية ، فيزول هذه التأمينات مع زواله ولا تنتقل إلى الالتزام الجديد إلا بنص فى القانون أو إلا إذا تبين من الاتفاق أو من الظروف أن نية المتعاقدين قد انصرفت إلى ذلك (٣) . وإذا لم تنتقل تأمينات الالتزام الأصلي إلى الالتزام الجديد ، بقى الالتزام الجديد عارياً عن التأمينات ، إلا إذا كفل هو

(١) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٦٨ .

(٢) استئناف وطنى ١٠ أغسطس سنة ١٨٩١ الحقوق ٦ ص ٢٤٥ .

(٣) وسنبين فيما يلى كيف تنتقل التأمينات إلى الالتزام الجديد بالاتفاق . أما انتقالها بنص القانون فله ما ورد فى المادة ٣٥٥ من أن الالتزام إذا قيد فى حساب جار فإنه لا يتجدد =

أيضاً بتأمينات مستقلة عن تأمينات الالتزام الأصلي . وقد يكون الالتزام الأصلي مكفولاً بدعوى فسخ ، فلا تنتقل الدعوى إلى الالتزام الجديد (١) .

٥٠٢ - مقابلة بين التعبير من جهة والحوالة والحلول والوفاء

بمقابل من جهة أخرى : وانقضاء الالتزام الأصلي مع نشوء التزام جديد هو المميز الجوهرى الذى يفرق من حيث الأثر بين التجديد من جهة والحوالة والحلول من جهة أخرى ، وقد سبق أن رأينا الفروق ما بين هذه النظم من حيث التكوين (٢) .

ففى حوالة الحق والوفاء مع الحلول ، لا ينقضى الحق بل ينتقل بمقوماته وصفاته ودفعه وتأميناته من دائن قديم إلى دائن جديد . أما فى التجديد بتغيير الدائن فقد رأينا أن الحق الأصلي ينقضى بمقوماته وصفاته ودفعه وتأميناته ، ويحل محله حق جديد بمقومات وصفات ودفع وتأمينات أخرى ، ولا ينتقل نفس الحق من الدائن الأصلي إلى الدائن الجديد .

وفى حوالة الدين ينتقل نفس الدين ، على النحو المتقدم ، من ذمة المدين الأصلي إلى ذمة المدين الجديد . أما فى التجديد بتغيير المدين فالدين الأصلي يتقضى على الوجه الذى قدمناه ، ويحل محله دين جديد (٣) .

أما التجديد بتغيير الدين فلا يقابل لا بالحوالة ولا بالحلول ، وإنما يقابل بالوفاء بمقابل . وقد قدمنا أن الفرق بين النظامين أن الوفاء بمقابل يقتضى أن

— إلا إذا قطع وصيد الحساب ، فإذا كان مكفولاً بتأمين خاص فإن هذا التأمين يبقى ما لم يتفق على غير ذلك . فهنا انتقل التأمين الخاص من الالتزام إلى وصيد الحساب بحكم القانون (انظر تاريخ نص المادة ٣٥٩ آتفاً فقرة ٥٠٠ فى الهامش) .

(١) وقد يكون المدين فى الالتزام الأصلي مغفراً فيتحمل تبعه الهلاك ، ولا يكون مغفراً فى الالتزام الجديد فلا يتحمل هذه التبعة (بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٣٥) .

(٢) انظر آتفاً فقرة ٤٩٢ - وانظر المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٥٨ - ص ٢٥٩ .

(٣) أنظر المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٥٢

تنتقل الملكية فوراً إلى الدائن حتى يتم الوفاء، وأما في التجديد بتغيير الدين فالوفاء يكون عن طريق إنشاء التزام جديد لا يكون واجب التنفيذ فوراً (١).

المطلب الثاني

إنتقال التأمينات من الالتزام الأصلي إلى الالتزام الجديد

٥٠٣ — **النصوص القانونية** : تنص المادة ٣٥٧ من التقنين المدني على ما يأتي :

« ١ — إذا كانت هناك تأمينات عينية قدمها المدين لكفالة الالتزام الأصلي ، فإن الاتفاق على نقل التأمينات إلى الالتزام الجديد تراعى فيه الأحكام الآتية » :

« (أ) إذا كان التجديد بتغيير الدين ، جاز للدائن والمدين أن يتفقا على انتقال التأمينات للالتزام الجديد في الحدود التي لا تلحق ضرراً بالغير » .

« (ب) إذا كان التجديد بتغيير المدين ، جاز للدائن والمدين الجديد أن يتفقا على استبقاء التأمينات العينية دون حاجة إلى رضا المدين القديم » .

« (ج) إذا كان التجديد بتغيير الدائن ، جاز للمتعاقدين ثلاثهم أن يتفقوا على استبقاء التأمينات » .

« ٢ — ولا يكون الاتفاق على نقل التأمينات العينية نافذاً في حق الغير إلا إذا تم مع التجديد في وقت واحد ، هذا مع مراعاة الأحكام المتعلقة بالتسجيل » .
وتنص المادة ٣٥٨ على ما يأتي :

« لا ينتقل إلى الالتزام الجديد الكفالة ، عينية كانت أو شخصية ، ولا التضامن ، إلا إذا رضى بذلك الكفلاء والمدينون المتضامنون (٢) » .

(١) بيدان ولا جارد ٩ فقرة ٩٩٢ — جوسران ٢ فقرة ٩٠٣ — انميكلوليدي والوز ٣

لفظ Novation فقرة ٣١

(٢) تاريخ للتصوص :

٣٥٧ : ورد هذا النص في المادة ٤٩٤ من المشروع التمهيلي على وجه مطابق لما استقر —

وتقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق المواد ٢٥٣/١٨٩ - ٢٥٥/١٩١ (١) .

= عليه في التقنين المدني الجديد، فيما عدا خلافاً في إحدى العبارات وفيما عدا أن المشروع التمهيدى كان يشترط ألا يكون الاتفاق على نقل التأمينات العينية نافذاً في حق الغير إلا إذا كان بورقة رسمية . وفي لجنة المراجعة حذف هذا الشرط ، وأصبحت المادة رقها ٣٦٩ في المشروع النهائي . ثم وافق عليها مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ استبدلت عبارة « في الحدود التي لا تلحق ضرراً بالغير » بعبارة « ما لم يترتب على ذلك زيادة في هذا الالتزام تلحق ضرراً بالغير » التي كانت واردة في المشروع ، « لأنها في عمومها أشمل من العبارة الأولى ، ولأنها تبرز المعنى المقصود » . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنته تحت رقم ٢٥٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٥٥ - ص ٢٥٧) .

م ٣٥٨ : ورد هذا النص في المادة ٤٩٥ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٧٠ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٣٥٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٥٨ - ص ٢٦٠) .

(١) التقنين المدني السابق م ٢٥٣/١٨٩ : ومع ذلك لا يجوز الاتفاق على خلاف ما هو آت : في الحالة الأولى من الأحوال السالف ذكرها يجوز للمدين والدائن أن يتفقا على أن التأمينات العينية ، كالامتيازات ورمن العقار وحسب العين ، تكون تأميناً على الدين الجديد إذا لم تكن فيه زيادة تضر بحقوق الغير . وفي الحالة الثانية يجوز للدائن ولمن حل محل المدين الأصل أن يتفقا على بقائه التأمينات العينية ولو بغير رضاه المدين الأصل . وفي الحالة الثالثة يجوز للمتاقدين الثلاثة أن يتفقا على بقاء التأمينات العينية .

م ٢٥٤/١٩٠ : لا يصح في أى حال من الأحوال السالفة نقل التأمينات الشخصية ، كالكفالة والتضامن ، إلا برضاء الكفلاء والمتضامنين .

م ٢٥٥/١٩١ : الاتفاق على نقل التأمينات المذكورة بالمادة السابقة لا ينتف على غير المتماقدين إلا إذا كان حاصله الاستبدال في آن واحد بوثيقة رسمية .

(ويتفق التقنينان السابق والجديد إلا في المسائل الآتية : (١) ذكر التقنين السابق التأمينات العينية كالامتيازات ورمن العقار وحسب العين ، يتمتع خصمه التقنين الجديد بالتأمينات التي قدمها المدين ، فلا تدخل حقوق الامتياز ولا حقوق الاختصاص ، ويستبسط ذلك فيما يلي . (٢) اقتصر التقنين السابق في التأمينات التي يقدمها الغير على التأمينات الشخصية ، أما التقنين الجديد فنص على التأمينات الشخصية والعينية . (٣) أوجب التقنين السابق في المادة ٢٥٥/١٩١ أن يكون الاتفاق على نقل التأمينات المذكورة بالمادة السابقة - وهذا خطأ مادي والمقصود المادة قبل السابقة - بورقة رسمية حتى ينتف في حق الغير ، أما التقنين الجديد فقد حذف هذا الشرط بعد أن كان وارداً في المشروع التمهيدى : انظر المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى في مجموعة =

وتقابل في التقنيات المدنية العربية الأخرى: في التقنين المدني السوري المادتين ٣٥٥ - ٣٥٦ - وفي التقنين المدني الليبي المادتين ٣٤٤ - ٣٤٥ - ولا مقابل لها في التقنين المدني العراقي - وتقابل في تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٣٢٥/٣ (١) .

وبمخلص من النصوص المتقدمة الذكر أن التأمينات التي كانت تكفل الالتزام الأصلي إما أن تكون تأمينات عينية قدمها المدين نفسه وهذا هو الغالب ، وإما أن تكون تأمينات عينية أو شخصية قدمها الغير ككفيل عيني أو كفيل شخصي .
فنستعرض كلا من هاتين الحالتين .

= الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٥٩ ، وانظر الموجز للمؤلف فقرة ٥٧٨ والأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٨٠٤ . هذا والعبرة في تطبيق التقنين الجديد في شأن نقل التأمينات التي قدمها المدين دون غيرها وفي شأن أن يكون الاتفاق على هذا النقل يصح ولو في ورقة غير رسمية بتاريخ الاتفاق على نقل التأمينات ، فإن كان هذا التاريخ سابقاً على ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ صح نقل كل التأمينات ولو لم يكن المدين هو الذي قدمها ووجب أن يكون الاتفاق في ورقة رسمية وذلك تطبيقاً لأحكام التقنين السابق ، وإلا فطريق أحكام التقنين الجديد .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٣٥٥ - ٣٥٦ (مطابقتان للمادتين ٣٥٧ - ٣٥٨ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٣٤٤ - ٣٤٥ (مطابقتان للمادتين ٣٥٧ - ٣٥٨ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي : لا مقابل - ويبدو أن التأمينات في التقنين العراقي لا تنتقل بمرتبها الأصلية ، بل تجدد فتأخذ مرتبتها من وقت تجديدها : انظر عكس ذلك الأستاذ حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ٢٣٩ .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٣٢٥/٣ : ويمكن الكفلاء وسائر الموجب عليهم أن يدخلوا برضام تحت أحكام الموجب الجديد - ويجوز وضع نص صريح يشترط به إلحاق قهرمون والمقروض المتأخر ورهون المنقولات بالمدين الجديد على الشروط نفسها التي كانت ضامنة للموجب السابق ، ولا يكون ذلك إلا إذا رضى بهذا الإلحاق صاحب الملك المترتب عليه حق الرهن أو الامتياز : (ويختلف حكم التقنين اللبناني من حكم التقنين المصري في سائلتين : (١) تشمل التأمينات حقوق الامتياز في التقنين اللبناني بالنص الصريح ، أما في التقنين المصري فالتأمينات التي قدمها المدين لا تشمل حقوق الامتياز . (٢) في التجديد بتغيير المدين إذا كان هذا المدين قدم تأليفاً على ملك له وأريد نقله إلى الالتزام الجديد يجب رضاه بذلك في التقنين اللبناني ، ولا يشترط هذا الرضا في التقنين المصري) .

§ ١ — التأمينات العينية التي قدمها المدين

٥٠٤ — انتقال التأمينات إلى الالتزام الجديد فيه خروج على القواعد

العامة — مبرراته : ولا شك في أن انتقال التأمينات من الالتزام الأصلي إلى الالتزام الجديد أمر استثنائي . ذاك أن الالتزام الأصلي الذي كانت هذه التأمينات تكفله قد انقضى ، فكان الواجب أن تنقضى بانقضائه . أما أن تبقى بعد انقضاء الالتزام ، وتنتقل بمرتبها الأصلية إلى الالتزام الجديد ، فذلك فيه خروج ظاهر على القواعد العامة ، ولا يبرره إلا اعتبارات عملية محضة ، دعت القانون إلى أن يبيح الاتفاق على استبقاء هذه التأمينات مع نقلها إلى الالتزام الجديد .

وتتلخص هذه الاعتبارات العملية في أن انتقال التأمينات إلى الالتزام الجديد فيه فائدة كبيرة للدائن ، إذ تبقى له تأميناته القديمة حافظة لمرتبتها الأصلية ، ولولا ذلك لما كان غالباً يرضى بالتجديد . هذا إلى أن انتقال هذه التأمينات لا يضر بالمدين ، فهو قد سبق له أن قدمها لكفالة الالتزام الأصلي ، فلا عليه أن يستبقها لكفالة الالتزام الجديد في حدود الالتزام الأصلي . ولا يضر هذا الانتقال بالغير ، فسرى أن الغير قد كفّل القانون مصلحته فلا يضار بهذا الانتقال (١) .

ونلاحظ هنا أمرين : (أولاً) أن هذه التأمينات لا تنتقل إلى الالتزام الجديد بحكم القانون ، بمجرد الاتفاق على التجديد . بل لا بد من اتفاق خاص على انتقالها ، وذلك إلى جانب الاتفاق على التجديد . فإذا لم يوجد هذا الاتفاق الخاص ، ولم يكن هناك إلا الاتفاق على التجديد ، انقضت التأمينات بانقضاء الالتزام الأصلي ، فلا تنتقل إلى الالتزام الجديد (٢) . (ثانياً) وقد يقال مادام

(١) بلانيول وريبير وردوان ٧ ققرة ١٢٦٩ .

(٢) وهذا ما يستتب أهمية التمييز بين الحوالة والتجديد . ففي الحوالة تنتقل التأمينات بمجرد الحوالة دون حاجة إلى اتفاق خاص ، أما في التجديد فقد رأينا أنها لا تنتقل بمجرد الاتفاق على التجديد بل لا بد من اتفاق خاص .

لا بد من اتفاق خاص ، فأين وجه الخروج على القواعد العامة ، وفي النص على إباحة استبقاء التأمينات ، وكان أصحاب الشأن يستطيعون الاتفاق على ما يشاؤون من تأمينات دون حاجة إلى نص في القانون يبيح لهم ذلك ؟ ولكن لا وجه لهذا القول ، فالتأمينات التي أباح النص الاتفاق على استبقائها هي التأمينات الأصلية ، تنتقل إلى الالتزام الجديد بمرتبها الأصلية . ولو لم يبيح القانون ذلك ، لما أمكن أصحاب الشأن أن يتفقوا إلا على تأمينات جديدة ، بعد أن تكون التأمينات الأصلية قد انقضت بالتجديد . ولكانت مرتبة هذه التأمينات الجديدة من وقت الاتفاق عليها ، فلا تكون لها مرتبة التأمينات الأصلية . هذا إلى أنه في صورة خاصة من صور التجديد - التجديد بتغير المدين - أباح النص للدائن والمدين الجديد أن يتفقا على انتقال التأمينات الأصلية دون رضا المدين الأصلي مع أنه هو المالك للمال المثقل بالتأمين ، ولولا هذا النص لما أمكن الاتفاق على نقل هذه التأمينات دون رضائه .

٥٠٥ - حماية الغير : وقد عني القانون بحماية الغير حتى لا يضار بانتقال

التأمينات ، وذلك من ناحيتين : (أولا) نصت الفقرة الثانية من المادة ٣٥٧ مدني ، كما رأينا ، على أنه « لا يكون الاتفاق على نقل التأمينات العينية نافذاً في حق الغير إلا إذا تم مع التجديد في وقت واحد ، هذا مع مراعاة الأحكام المتعلقة بالتسجيل » . ذلك أنه لو تم التجديد قبل الاتفاق على نقل التأمينات ، لانقضى الالتزام الأصلي وانقضت معه هذه التأمينات ، ولأفاد من انقضائها الغير ، وهو هنا دائن له تأمين عيني متأخر عن التأمين الذي كان يكفل الالتزام الأصلي ، فزوال هذا التأمين المتقدم يفيد الغير صاحب التأمين المتأخر . فلا يجوز أن يضار بعد ذلك بالاتفاق الذي يعقب التجديد على نقل التأمين المتقدم ، الذي كان قد زال بالتجديد ، إلى الالتزام الجديد . ومن ثم لم يجز القانون نقل التأمينات العينية التي كانت تكفل الالتزام الأصلي إلى الالتزام الجديد ، إلا إذا تم هذا الانتقال مع التجديد في وقت واحد (١) . وبراعى فوق ذلك الأحكام

(١) ومن ثم يجب أن يكون الاتفاق على نقل التأمينات ، لنفاذه في حق الغير ، ثابت التاريخ . إذ لو جاز أن يكون الاتفاق غير ثابت التاريخ ، لأمكن تقديم تاريخه حتى يكون ماصراً لتجديد = (م - ٥٤ للوسط)

المتعلقة بالتسجيل ، فيؤشر على هامش القيد الذى يشهر التأمين العينى بأن هذا التأمين أصبح يكفل الالتزام الجديد ، يذكر المحل الجديد للالتزام إذا كان التجديد بتغير الدين ، ويذكر اسم المدين الجديد إذا كان التجديد بتغير المدين ، أو الدائن الجديد إذا كان التجديد بتغير الدائن . (ثانياً) لا يجوز أن يكفل التأمين من الالتزام الجديد إلا بمقدار ما كان يكفل من الالتزام الأصيل . فلو كان الالتزام الجديد أكبر قيمة من الالتزام الأصيل ، وكفل التأمين الالتزام الجديد كله ، لتضرر الغير صاحب التأمين المتأخر إذ يرى التأمين المتقدم عليه قد زاد عبؤه عن ذى قبل . وهذا المحذور إنما يتحقق فى التجديد بتغير الدين ، دون التجديد بتغير المدين أو بتغير الدائن ، ولذلك قضت الفقرة الأولى من المادة ٣٥٧ مدنى بأنه : « إذا كان التجديد بتغير الدين ، جاز للدائن والمدين أن يتفقا على انتقال التأمينات للالتزام الجديد فى الحدود التى لا تلحق ضرراً بالغير » ، أى فى حدود الالتزام الأصيل (١) .

٥٠٦ - ما المقصود بالتأمينات العينية التى قدمها المدين : ونرى

أن المقصود بالتأمينات العينية التى قدمها المدين التأمينات الاتفاقية التى ارتضاها لكفالة دينه الأصيل . فيدخل فى ذلك الرهن الرسمى ، ورهن الحيازة سواء كان على عقار أو على منقول . أما حقوق الامتياز فلا تدخل ، لأنها تأمينات لم يقدمها المدين باختياره ، بل هى تأمينات رتبها القانون وبنائها على صفة فى الالتزام فهى لصيقة بهذه الصفة ، فإذا كان الالتزام الأصيل قد قرر له القانون امتيازاً نظراً لصفته الخاصة ، فلا يجوز الاتفاق على نقل هذا الامتياز إلى الالتزام

= ولو كان الاتفاق لاحقاً ، فعلى التأمينات ضامنة للدين الجديد وكان ينبغي أن تنقضى (الموجز للوئف فقرة ٥٧٨ ص ٦٠٢ - ص ٦٠٣ - الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٨٧ - ص ٨٨ - الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ٢٧٥) .

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٥٩ وقد كان المشروع التمهيدى يتضمن نوعاً ثالثاً من الحماية للغير ، إذ كان يشترط لنفاذ انتقال التأمينات العينية فى حق الغير أن يكون الاتفاق فى ورقة رسمية ، وقد حذف هذا الشرط فى لجنة المراجعة أنظر تاريخ فمن المادة ٣٥٧ مدنى آنفاً فقرة ٥٠٣ فى الهامش .

الجديد وهو لم تتوافر له الصفة التي دعت إلى تقرير حق الامتياز (١). وهذا التفسير الذي يستخلص في سر من عبارة للتقنين يجنبنا عيباً وقع فيه التقنين المدني الفرنسي، إذ نصت المادة ١٢٧٨ من هذا التقنين على أن « حقوق الامتياز والرهون التي كانت للدين القديم لا تنتقل إلى الدين الذي حل محله، إلا إذا اشترط الدائن صراحة الاحتفاظ بها (٢) ». ويجب الفقه الفرنسي على هذا النص أنه يبيح اشتراط انتقال حقوق الامتياز والرهون القانونية، مع أن هذه الحقوق لم تقرر إلا لصفة في الدين الأصلي، فكان ينبغي ألا يجوز اشتراط انتقالها إلى دين آخر ليست له هذه الصفة (٣).

وعلى التفسير الذي نقول به ينبغي ألا يجوز الاتفاق على نقل حق الاختصاص من الالتزام الأصلي إلى الالتزام الجديد، لأن حق الاختصاص تأمين لم يقدمه المدين اختياراً، بل رتبته القاضي على عقار المدين بموجب حكم واجب التنفيذ. والقانون إنما أباح، استثناء، الاتفاق على نقل التأمين الذي قدمه المدين، والاستثناء لا يقاس عليه. فالتأمين الذي لم يقدمه المدين، كحق الاختصاص، يبقى في حكمه على الأصل، فيزول بالتجديد، ولا يجوز الاتفاق على نقله إلى الالتزام الجديد.

٥٠٧ - كيف يتم انتقال التأمينات من الالتزام الأصلي إلى

الالتزام الجديد: أما كيف يتم انتقال التأمينات التي قدمها المدين من الالتزام الأصلي إلى الالتزام الجديد، على النحو الذي قدمناه، أي في حدود الالتزام الأصلي وبشرط أن يتم مع التجديد في وقت واحد، فذلك يختلف

(١) فإذا جدد البائع التزام المشتري نحوه بدفع الثمن إلى التزام جديد ناشئ من عقد قرض مثلاً، لم يجوز الاتفاق على نقل امتياز البائع إلى هذا الالتزام الجديد.

(٢) وهذا هو النص في أصله الفرنسي: Art. 1278: Les privilèges et hypothèques de l'ancienne créance ne passent point à celle qui lui est substituée, à moins que le créancier ne les ait expressément réservés.

(٣) أنظر بودوي وبارد ٣ فقرة ١٧٣٧.

باختلاف صور التجديد (١) .

فإذا كان التجديد بتغيير الدين ، تم نقل التأمينات بالطريق الذى يتم به التجديد ذاته ، أى باتفاق بين الدائن والمدين .

وإذا كان التجديد بتغيير الدائن ، تم نقل التأمينات أيضاً بالطريق الذى يتم به التجديد ذاته ، أى باتفاق بين المدين والدائن الأصل والدائن الجديد ، فتتفق ثلاثهم على أن تبقى التأمينات التى قدمها المدين لكفالة الالتزام الأصل حتى تكفل الالتزام الجديد .

وإذا كان التجديد بتغيير المدين ، فقد رأينا أن التجديد فى هذه الصورة يتم ثارة باتفاق بين الدائن والمدين الجديد ، ويتم طورا باتفاق بين الدائن والمدين الأصل والمدين الجديد . ونص القانون — المادة ٣٥٧ مدنى الفقرة الأولى حرف ب — لم يفرق بين الحالتين ، بل قضى بأنه « إذا كان التجديد بتغيير المدين ، جاز للدائن والمدين الجديد أن يتفقا على استبقاء التأمينات العينية دون حاجة إلى رضا المدين القديم » . فلا حاجة إذن إلى رضا المدين القديم ، سواء اشترك فى التجديد أو لم يشترك ، لنقل التأمينات إلى الالتزام الجديد . ويصبح المدين القديم — بعد انقضاء دينه بالتجديد مع بقاء التأمينات تثقل ماله لكفالة المدين الجديد — بمثابة كفيل عيى لهذا المدين . وقد حمى التقنين المصرى بهذا النص خلافاً لا يزال قائماً فى القانون الفرنسى ، فالفقه فى فرنسا منقسم ، فى انتقال التأمين إلى الالتزام الجديد ، بين اشتراط رضا المدين وعدم اشتراط هذا الرضا (٢) .

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣

ص ٢٥٩ .

(٢) أنظر فى ذلك بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٢٨ ومن الفقهاء الذين يقولون بعدم ضرورة رضا المدين توليه ٧ فقرة ٣١٢ وما بعدها — دي رانتون ١٢ فقرة ٣١١ — كولى دى سانتير • فقرة ٢٢٦ مكررة — لا روسييه ٥ م ١٢٧٩ فقرة ٢ — ديملوب ٢٧ فقرة ٣٥٦ — فقرة ٣٥٧ . ومن الفقهاء الذين يقولون بضرورة رضا المدين ملوكايد ٤ م ١٢٧٩ فقرة ٣ — لوران ١٨ فقرة ٣٢٢ — بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٢٨ — جوسران ٣ فقرة ٩١٤ .

٥ ٢ — التأمينات الشخصية والمينية التي قدمها الغير

٥٠٨ — وجوب رضا الغير بنقل هذه التأمينات : وقد يكون الغير هو الذى قدم التأمينات التى تكفل الالتزام الأصلى . وهذا الغير إما أن يكون قد قدم تأميناً شخصياً ، بأن كان كفيلاً للالتزام الأصلى أو مدينأ متضامناً فيه ، وإما أن يكون قد قدم تأميناً عينياً ، بأن يكون كفيلاً عينياً رتب رهناً على مال مملوك له لضمان الالتزام الأصلى .

ففى جميع هذه الأحوال لا يجوز انتقال التأمين الشخصى أو العينى إلا برضاء الغير الذى رتب هذا التأمين . فلا يكتفى إذن، حتى يكفل الكفيل الالتزام الجديد بعد أن كان يكفل الالتزام الأصلى ، أن يتفق على ذلك الدائن والمدين ومعهما المدين الجديد أو الدائن الجديد، بل لابد من رضا الكفيل أيضاً . فانه لم يكفل إلا التزاما بعينه هو الالتزام الأصلى ، فحتى يكفل التزاماً غيره ، ولو كان أقل قيمة ، لابد من رضائه بذلك (١) .

وإذا كان الالتزام الأصلى التزاماً تضامناً ، فقد رأينا عند الكلام فى التضامن (٢) ، أن المادة ٢٨٦ مدنى تنص على أن « يترتب على تجديد الدين بين الدائن وأحد المدينين المتضامنين أن تبرأ ذمة باقى المدينين ، إلا إذا احتفظ الدائن بحقه قبلهم » . ورأينا أن باقى المدينين المتضامنين الذين لم يشتركوا فى إجراء التجديد لا يكونون متضامنين فى الالتزام الجديد إلا برضاهم . فإذا اتفق الدائن مع المدينين المتضامنين جميعاً على تجديد الالتزام الأصلى ، ظلوا جميعاً متضامنين فى الالتزام الجديد . أما إذا اتفق الدائن مع سائر المدينين المتضامنين غير المدين الذى أجرى التجديد على أن يبقوا متضامنين فى الدين القديم ، أو احتفظ بحقه قبلهم دون ضرورة للاتفاق معهم ، فإن هؤلاء المدينين لا يلتزمون ولو غير متضامنين ، بالالتزام الجديد ، بل يبقون ملزمين بالتضامن بالدين الأصلى بعد حط حصة المدين الذى أجرى التجديد . وإذا كان الدائن

(١) مصر استثنائى ١٨ يوليه سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٤ ص ٤٧٥ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ١٩٠ .

أراد أن ينقل التضامن إلى الدين الجديد ، واشترط ألا يتم التجديد إلا على هذا الأساس ، ورفض باقي المدينين أن يلتزموا متضامين بالدين الجديد ، فإن التجديد لا يتم إذ تخلف شرطه ، ويظل الالتزام التضامنى الأصلى على حاله . أما إذا كان الدائن لم يتفق مع باقي المدينين لا على أن يبقوا ملتزمين بالدين الأصلى ولا على أن يتضامنوا فى الدين الجديد مع المدين الذى أجرى التجديد ، ولم يحتفظ بحقه قبلهم ، بل أجرى التجديد دون قيد ولا شرط ، فقد افترض المشرع فى المادة ٢٨٦ مدنى السالفة الذكر افتراضاً معقولاً أن نية الدائن قد انصرفت إلى إبراء ذمتهم من الدين الأصلى لأنه انقضى بالتجديد ولم يحتفظ بحقه قبلهم ، ومن الدين الجديد لأنهم لم يقبلوا الالتزام به . وقد سبق أن بينا ذلك تفصيلاً عند الكلام فى التضامن (١) .

وإذا كان الغير قد قدم تأميناً عينياً لكفالة الالتزام الأصلى ، أى كان كفيلاً عينياً لهذا الالتزام ، فإن التأمين الذى قدمه بالمرتبة التى هو عليها لا ينتقل إلى كفالة الالتزام الجديد إلا برضائه . وإذا كان قد رتب تأميناً عينياً لدائن آخر متأخراً فى المرتبة عن التأمين الذى قدمه لكفالة الالتزام الأصلى ، وجب أيضاً ألا ينتقل تأمين الالتزام الأصلى إلى الالتزام الجديد إلا فى حدود الالتزام الأصلى حتى لا يضار الدائن المتأخر فى المرتبة ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

٥٠٩ — جواز نقل هذه التأمينات بعد إجراء التجهير : والتأمينات

التي قدمها الغير ، شخصية كانت أو عينية ، بخلاف التأمينات العينية التي قدمها المدين ، لا يشترط أن يكون نقلها مع التجديد فى وقت واحد ، بل يجوز أن يتفق على نقلها بعد إجراء التجديد (٢) . فيجوز إذن ، بعد إجراء التجديد ، أن يتفق أطرافه مع الكفيل الشخصى أو الكفيل العينى أو المدينين المتضامين على نقل

(١) انظر آنفاً فقرة ١٩٠ .

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى : « أما التأمينات التي تقدم من الغير — كالكفالة العينية أو الشخصية أو التضامن — فلا تنتقل إلا برضاء هذا الغير كفيلاً كان أو مديناً متضامناً ... ويجوز أن يصدر هذا الرضاء بعد انقضاء التجديد ، فى غير إخلال بحقوق الغير » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٥٩) .

هذه التأمينات الشخصية أو العينية إلى الالتزام الجديد ، وذلك في غير إخلال بحقوق الغير .

والمراد بالغير هنا دائن له تأمين عيني متأخر في المرتبة . فإذا تم التجديد قبل الاتفاق على نقل الرهن المتقدم إلى كفالة الالتزام الجديد ، فقد انقضى هذا الرهن المتقدم بانقضاء الالتزام الأصلي المضمون بالرهن . فلا يجوز ، بعد أن استفاد الدائن المتأخر في المرتبة من زوال الرهن المتقدم على هذا النحو ، أن تنفق أطراف التجديد مع الكفيل العيني على أن ينقل الرهن إلى الالتزام الجديد ، فيضار الدائن المتأخر في المرتبة بأحياء رهن متقدم على تأمينه بعد أن كان هذا الرهن قد انقضى .

الفرع الثاني

الإنابة في الوفاء

(Délégation)

٥١٠ - عموق الإنابة في الوفاء بالتجديد : قد تنطوي الإنابة

في الوفاء على تجديد بتغيير المدين ، بل وعلى تجديد بتغيير الدائن أيضاً ، كما سرى . ولكنها قد لا تنطوي على أى تجديد ، فتكون الإنابة في الوفاء نظاماً مستقلاً كل الاستقلال عن التجديد ، ولا علاقة تقوم بين النظامين (١) .

(١) بلانويول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٧١ — دي باج ٣ فقرة ٦٠٣ .
وقد أرجع تالير (Thaller) أحكام الأوراق التجارية (effets de commerce) وهي ماسمي لأن يستند الائتمان المصرفية (titres de crédit) — وهي الكيالات (lettres de change) والسندات الإذنية (billets à ordre) والشيكات (chèques) — إلى قواعد الإنابة في الوفاء (حولات القانون التجاري سنة ١٩٠٦ وسنة ١٩٠٧ — لقانون التجاري الطبعة السابعة فقرة ١٦٣٩) . وكذلك أرجعت إلى قواعد الإنابة في الوفاء أحكام أوراق الاعتماد (lettres de crédit) والتحويل من حساب جارٍ إلى حساب آخر (virement bancaire) . هل أن افقه المعاصر تحول من هذا الاتجاه . فالشيك ليس إلا أمراً يصدره الساحب (tireur) إلى المصرف المسحوب عليه (tiré) يدفع قيمة الشيك لحامله (bénéficiaire direct ou endossataire) ، والمصرف ليس إلا وكيل الساحب ينفذ ما وكله فيه ، وهذا هو أيضاً الحكم في التحويل من =

ولم يعرض التقنين المدني السابق للإنابة في الوفاء إلا بإشارة عابرة دون أن يذكر اسمها ، أما التقنين المدني الجديد فقد عني بها وأفرد لها نصوا خاصة (١) .

وسنرى أولا كيف تم الإنابة في الوفاء ، سواء انطوت على تجديد أو لم تنطو . ثم نرى بعد ذلك ماهي الآثار التي تترتب على الإنابة في الوفاء في صورتها ، صوره التجديد وصورة النظام القانوني المستقل عن التجديد .

المبحث الأول

كيف تتم الإنابة في الوفاء

٥١١ - النصوص القانونية : تنص المادة ٣٥٩ من التقنين المدني على ما يأتي :

١ - تم الإنابة إذا حصل المدين على رضا الدائن بشخص أجنبي يلتزم بوفاء الدين مكان المدين .

= حساب جار إلى حساب جار آخر (أنظر في هذا المعنى دى باج ٣ فقرة ٦١١ و فقرة ٦١١ مكررة) . ونخصص للكيالات والسندات الإذنية لأحكام خاصة بها أنشأتها وطورتها المعاملات التجارية ، ولا تنسح لها قواعد الإنابة في الوفاء التي ترجع في أصلها إلى القانون الروماني (أنظر في هذا المعنى بيدان ولا جارد ٩ فقرة ١٠١٨ من ١٠٠ - بولانييه في أنسيكلوبيدي دالوز ٢ لفظ (délégation) فقرة ٢ و فقرة ٥ - فقرة ٦) . وأنظر في نظام قريب من الإنابة ، كان معروفاً في القانون الفرنسي القديم تحت اسم (rescription) ، وكان يتسع لتأصيل الأوراق التجارية ونحوها لأن لفظة الفرنسي الحديث احتفظ به كما احتفظ به الفقه في ألمانيا وفي سويسرا إلى كاييتان في السبب فقرة ١٧٧ .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع النهائي : « أما الإنابة فلم يعرض لها التقنين القائم (السابق) إلا بمجرد إشارة عابرة في بعض الأحكام الخاصة بالتجديد بتغيير المدين ، دون أن يني بذكر اسمها . ولكن المشروع أفرد لها فصوا خاصة استظهر فيها سمتها الذاتية من حيث التجديد ، وعرض صورتها ، فتناول الإنابة الكاملة وهي في حقيقتها ليست سوى تجديد بتغيير المدين ، والإنابة القاصرة وهي لا تستتبع التجديد وهي بذلك أضخم أهمية من الناحية العملية » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٤٠) .

٢٠ - ولا تقتضى الإنابة أن تكون هناك مديونية سابقة ما بين المدين والأجنبي (١) .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكن الحكم كان معمولاً به دون نص (٢) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٣٥٧ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٤٦ - وفي التقنين المدني العراقي المادة ٤٠٥ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٣٢٦/٢ و (٣) .

٥١٢ - الإنابة تفرض على أشخاص معينين : ويستخلص من النص المتقدم الذكر أن الإنابة تقتضى وجود أشخاص ثلاثة : (١) المنيب (délégrant) وهو المدين الذى ينيب الشخص الأجنبي ليقى الدين إلى الدائن ، ومن ثم سمي منياً . (٢) النائب (délégué) وهو هذا الشخص الأجنبي الذى ينيبه المدين ليقى الدين إلى الدائن ، ومن ثم سمي مناباً . (٣) المناب لديه (délégataire)

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٤٩٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٧١ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٣٥٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٦١) .

(٢) الموجز للمؤلف فقرة ٥٨٠ وما بعدها - الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٨٠٦ وما بعدها .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٣٥٧ (مطابقة المادة ٣٥٩ من التقنين المدني المصرى) .

التقنين المدني الليبي م ٣٤٦ (مطابقة المادة ٣٥٩ من التقنين المدني المصرى) .

تقنين المدني العراقي م ٤٠٥ (مطابقة المادة ٣٥٩ من التقنين المدني المصرى - وانظر الأستاذ

حسن اللنون في أحكام الالتزام في قانون المدني العراقي فقرة ٣٤١) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٣٢٦/٢ : إن التفويض هو تفويض من شخص

(يسمى المفوض) لشخص آخر (يسمى المفوض إليه) ليقضى التزاماً تجاه شخص ثالث (يسمى المفوض لديه) - وهو لا ينفذ بحكم الضرورة وجوب موجب سابق بين المتعاقدين . (وحكم التقنين اللبناني مطبق مع حكم التقنين المصرى) .

وهو الدائن الذى يفتب المدين الشخص الأجنبى لديه لىنى له الدين ، ومن ثم ميمى
متابا لديه .

٥١٣- ما يمكن أن يقوم من مديونية ما بين هؤلاء الأشخاص المتطورة:

والغالب أن يكون المتبب مديناً للمتاب لديه ، ولذلك يفتب المتاب فى وفاء هذا
الدين . والغالب أيضاً أن يكون المتبب دائناً للمتاب ، ولذلك اختاره ليقوم
بوفاء دينه للمتاب لديه ، فيتخلص المتاب بهذا الوفاء من الدين الذى فى فتمته
للمتتبب (١) .

على أنه ليس من الضرورى أن يكون المتبب مديناً للمتاب لديه ، كما أنه
ليس من الضرورى أن يكون المتاب مديناً للمتتبب .

فقد يكون المتبب غير مدين للمتاب لديه ، وإنما أراد أن يتبرع له بمال
ليس عنده أو يقرضه لإياه فقصد المتاب ، سواء كان هذا مديناً له أو غير مدين ،
وطلب إليه أن يلتزم باعطاء هذا المال للمتاب لديه . ولكن هذا الفرض نادر ،
إذ يكون المتبب فى الكثرة الغالبة من الأحوال مديناً للمتاب لديه ، ويريد عن
طريق الإنابة أن ينى بهذا الدين (٢) .

وقد يكون المتاب غير مدين للمتتبب ، ومع ذلك يرضى بأن ينوب عنه فى
الوفاء بدينه للمتاب لديه ، على أن يرجع عليه بعد ذلك بما وفاه عنه . وقد
يكون متبرعاً ، فلا يرجع على المتتبب . ولما كانت مديونية المتاب للمتتبب ليست
حتمية ، بل وليست غالبية فى العمل كما تغلب مديونية المتتبب للمتاب لديه ،

(١) فإذا باع شخص مقاراً مرهوناً لدائن ، وأصبح البائع دائناً بالمئتن المشتري ، جاز
البائع أن ينى الدين المضمون بالمرهن من طريق الإنابة فى الوفاء . ويتم ذلك بأن يفتب البائع
المشتري فى الوفاء بهذا الدين للدائن المرتهن ، ويكون البائع متبباً والمشتري متاباً والدائن متاباً
لديه . وتكون هناك علاقة مديونية أولى بين المتاب والمتتبب إذ المشتري ملين بالمئتن البائع ،
وعلاقة مديونية ثانية بين المتتبب والمتاب لديه إذ البائع ملين لدائن المرتهن (انظر استئناف
مخطط ١٨ أبريل سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٢٦٢) . وقد وجدت علاقة مديونية ثالثة بين
المتاب والمتاب لديه ، إذ المشتري يصبح مديناً مديونية مباشرة لدائن المرتهن (استئناف مخطط
١٤ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٤٢) .

(٢) بلانبول وويجور ودوران ٧ فقرة ١٢٧١ .

قد تولت الفقرة الثانية للمادة ٣٥٩ مدنى إبراز هذا الوضع ، فنصت كما رأينا على أنه ولا تقتضى الإنابة أن تكون هناك مديونية سابقة ما بين المدين والأجنبي ، أى ما بين المنيب والمناب (١) .

٥١٤ — قد تتضمن الإنابة مجزئاً وقد لا تتضمن — الإنابة الكاملة

والإنابة القاصرة : والإنابة ، على النحو الذى بيناه ، قد تتضمن تجديداً بتغيير المدين ، وقد تنطوى فوق ذلك على تجديد بتغيير الدائن . فإذا كان المنيب مديناً للمناب لديه ، ولم يكن المناب مديناً للمنيب أو كان مديناً له ، وافق الثلاثة على تجديد دين المنيب للمناب لديه عن طريق تغيير المدين ، بأن يقبل المناب أن يكون مديناً للمناب لديه مكان المنيب ، سميت الإنابة فى هذه الحالة إنابة كاملة (délégation parfaite) ، لأنها تتضمن تجديداً بتغيير المدين . وقد تنطوى هذه الإنابة الكاملة فوق ذلك على تجديد آخر بتغيير الدائن ، إذا كان المناب مديناً للمنيب وجدد هو الآخر دينه فجعل دائته هو المناب لديه بدلا من المنيب ، فيكون المنيب قد جدد دينه نحو المناب لديه بتغيير المدين ، ويكون المناب قد جدد دينه نحو المنيب بتغيير الدائن (٢) .

فإذا لم تتضمن الإنابة تجديداً بتغيير المدين ، بل بقى المنيب مديناً للمناب لديه إلى جانب المناب ، وصار للمناب لديه مدينان بدلا من مدين واحد ، المنيب وهو مدينه الأصل والمناب وهو المدين الجديد ، سميت الإنابة فى هذه الحالة بالإنابة القاصرة (délégation imparfaite) . وهى قاصرة إذ هى لم تبرىء ذمة المنيب نحو المناب لديه ، بينما الإنابة الكاملة قد أبرأت ذمة المنيب نحو المناب لديه عن طريق التجديد . والإنابة القاصرة هى التى يغلب وقوعها

(١) وقد يعلق المنيب الإنابة على شرط فاسخ أو شرط واقف ، إذا كان الدين الذى له فى ذمة المناب مطلقاً على هذا الشرط ، فإذا تحقق الشرط انقضت الإنابة أو نفذت بحسب الأحوال (استئناف مختلط ٨ يونيو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٧٣) .

(٢) وهذه الإنابة للكاملة التى تتضمن تجديداً بتغيير المدين وتجديداً بتغيير الدائن هى التى رددنا إليها الحوالة فى الفقه الإسلامى فى مذاهب المالكية والشافعية والمناظلة فيما قلناه (انظر آتفاً فقرة ٢٤٠) .

في العمل ، فان المناب لديه قل أن يقبل إبراء ذمة المنيب ، وبأبي إلا أن يستبقه مديناً أصلياً ويضيف إليه المناب مديناً جديداً . ومن ثم نصت الفقرة الثانية من المادة ٣٦٠ مدني ، كما سنرى ، على ما يأتي : « ومع ذلك لا يفترض التجديد في الإنابة ، فإذا لم يكن هناك اتفاق على التجديد قام الالتزام الجديد إلى جانب الالتزام الأول » . فنية التجديد يجب ، كما قلنا ، أن تكون واضحة لا غموض فيها . فإذا قام شك ، اعتبرت الإنابة قاصرة لا تتضمن تجديداً (١) .

والعبرة في معرفة ما إذا كانت الإنابة كاملة أو قاصرة هي بأن تتضمن تجديداً بتغيير المدين أو لا تتضمن ، فان تضمنت هذا التجديد كانت كاملة ، وإلا فهي قاصرة . أما التجديد بتغيير الدائن فليس من شأنه أن يجعل الإنابة كاملة ، فقد لا يتفق على التجديد بتغيير المدين ، فتكون الإنابة قاصرة حتى لو اتفق على التجديد بتغيير الدائن . على أن الغالب أن الإنابة إذا تضمنت تجديداً ، كان التجديد من الجهتين ، بتغيير المدين وبتغيير الدائن في وقت واحد (٢) .

٥١٥ — الإنابة القاصرة والاشتراط لمصلحة الغير : ويمكن الوصول

إلى الإنابة القاصرة عن طريق الاشتراط لمصلحة الغير . ويكون ذلك بأن يشترط المنيب على المناب أن يقوم بوفاء دينه للمناب لديه ، فينشأ عندئذ للمناب لديه حق مباشر يستطيع بموجبه أن يستوفى حقه من المناب . فيكون له بذلك مدينان : المنيب وهو مدينه الأصلي ولم تبرأ ذمته بالاشتراط ، والمناب وهو المتعهد في الاشتراط فترتب في ذمته التزام مباشر نحو المناب لديه .

(١) دجنور تجاري ٦ ديسمبر سنة ١٩٥٥ المحاماة ٣٦ رقم ٤٥٧ ص ١٣٧٤ — هذا ولا ضرورة في الإنابة ، كاملة كانت أو قاصرة ، لأي إجراء لتكون نافذة في حق الغير ، ويكفي في ذلك رضا أطراف الإنابة . ذلك أن الإنابة لا تنطوي على حوالة حق ، لتكون في حاجة إلى إعلان . فالمناب لديه يصبح دائناً للمناب دون أن ينتقل إليه حق المنيب في ذمة المناب ، إذ يقع هذا الحق في ذمة المناب للمنهب ما لم يكن قد انقضى بالتجديد (بودري وهاردو فقرة ١٧٤٦ — بلانول وبيير وردوان ٧ فقرة ١٢٧٣) — ويصح أن يكون رضا المناب لديه فسخياً ، كما إذا قبل استيفاء الدين من المناب (استئناف مخطط ٢٠ أبريل سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٠٨) . ويجوز ، قبل رضا المناب لديه ، إذا اتفق المنيب والمناب على الإنابة ، **أن يجمع كل منهما فيها** (استئناف مخطط ٢٠ يناير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٦٢) .

(٢) انظر بيهان ولاجادو ٩ فقرة ١٠٢١ .

بل إن الاشتراط لمصلحة الغير أيسر من الإنابة القاصرة ، إذ هو يتم بمجرد اتفاق المتنب والمتاب ، ومن وقت هذا الاتفاق . أما رضا المتاب لديه فليس ضرورياً إلا لجعل الاشتراط غير قابل للنقض . وهذا بخلاف الإنابة القاصرة ، فانها لا تتم إلا في الوقت الذي يجتمع فيه رضا كل من المتنب والمتاب والمتاب لديه (١) . على أن الإنابة القاصرة تفضل الاشتراط لمصلحة الغير في أن المتاب لديه لا يحتاج عليه بالدفع المستمدة من العلاقة ما بين المتنب والمتاب ، أما المنتفع في الاشتراط فيحتاج عليه بالدفع المستمدة من عقد الاشتراط الذي تم بين المتنب والمتاب (٢) .

المبحث الثاني

الآثار التي تترتب على الإنابة في الوفاء

٥١٦- التمييز صورتى الإنابة في الوفاء : هنا يجب التمييز بين صورتى الإنابة في الوفاء : الإنابة الكاملة (أى التجديد بتغيير المدين) والإنابة القاصرة .

المطلب الأول

الإنابة الكاملة أو التجديد بتغيير المدين

٥١٧- النصص القانوني : تنص الفقرة الأولى من المادة ٣٦٠ من القانون المدني على ما يأتي :

- (١) بلبانول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٧٩ - والقضاء في فرنسا يتحدد بين النظامين ، فهو تارة يطبق أحكام الاشتراط لمصلحة الغير وبخاصة فيما بين الورثة إذا اتفقوا على أن يتحمل أحدهم بدلين على التركة ، وطوراً يطبق أحكام الإنابة وبخاصة في إنابة البائع المشتري أن يفي بدلين على البائع . وأمام هذا التناقض بين النظامين ، يرجح الفقه أن يكون السبق للاشتراط لمصلحة الغير (بلبانول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٧٩ ص ٦٨٣ - وأنظر أيضاً بودوى وبارد ٣ فقرة ١٧٥٧) .
- (٢) ميدان ولا جارد ٩ فقرة ١٠٢٠ .

« إذا اتفق المتعاقدون في الإنابة على أن يستبدلوا بالتزام سابق التزاماً جديداً ، كانت هذه الإنابة تجديدًا للالتزام بتغيير المدين ، ويترتب عليها أن تُبرأ ذمة المنيب قبل المناب لديه ، على أن يكون الالتزام الجديد الذي ارتضاه المناب صحيحاً وألا يكون المناب معسراً وقت الإنابة » .

وتنص المادة ٣٦١ على ما يأتي :

« يكون التزام المناب قبل المناب لديه صحيحاً ولو كان التزامه قبل المناب باطلاً أو كان هذا الالتزام خاضعاً لدفع من الدفع ، ولا يبقى للمناب إلا حق الرجوع على المنيب ، كل هذا ما لم يوجد اتفاق يقضي بغيره (١) » .

ولا مقابل لهذه النصوص في التقنين المدني السابق ، ولكن الأحكام كان معمولاً بها دون نص (٢) .

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادتين ١/٣٥٨ و ٣٥٩ - وفي التقنين المدني الليبي المادتين ١/٣٤٧ و ٣٤٨ - وفي التقنين المدني العراقي المادتين ١/٤٠٦ و ٤٠٧ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٣٢٧ (٣) .

(١) تاريخ النصوص :

م ١/٣٦٠ : ورد هذا النص في المادة ١/٤٩٧ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١/٣٧٢ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ١/٣٦٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٦٢ - ص ٢٦٣) .

م ٣٦١ : ورد هذا النص في المادة ٤٩٨ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٧٢ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٣٦١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٦٤ - ص ٢٦٥) .

(٢) الموجز المؤلف فقرة ٥٨١ - الأستاذ أحمد حشمت أبوسيت فقرة ٨٠٧ .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري : م ١/٣٥٨ و ٣٥٩ (مطابقتان للمادتين ١/٣٦٠ و ٣٦١ من التقنين

المدني المصري) .

وتتناول ، في بسط الآثار التي تترتب على الإنابة الكاملة ، العلاقة ما بين المتنب والمتاب لديه ، ثم العلاقة ما بين المتنب والمتاب ، وأخيراً العلاقة ما بين المتاب لديه والمتاب .

٥١٨ - المعوق ما بين المتنب والمتاب لمير : لما كانت الإنابة الكاملة

هي كما قلنا تجديد بتغيير المدين لالتزام المتنب قبل المتاب لديه ، فإن التجديد يقضى هذا الالتزام ، فبمجرد ذمة المتنب . ويشترط لانقضاء الالتزام ، كما هو الأمر في كل تجديد ، أن ينشأ الالتزام الجديد المترتب في ذمة المتاب للمتنب لديه صحيحاً . ولذلك لا تصيف الفقرة الأولى من المادة ٣٦٠ مدني في هذا الصدد جديداً .

ولكنها تصيف جديداً عند ما تشترط ألا يكون المتاب معسراً وقت الإنابة . ذلك أن الأصل في تجديد الدين بتغيير المدين أنه متى نشأ الالتزام الجديد صحيحاً ، فقد انقضى الالتزام القديم ، ولا يرجع الدائن إلا على المدين الجديد . فإذا كان هذا معسراً ، سواء كان معسراً عند التجديد أو أعسر بعد ذلك ، فإن الدائن هو الذي يتحمل تبعه هذا الإعسار ، ولا رجوع له على المدين الأصلي إلا إذا اشترط عليه ذلك عند التجديد . أما في الأنابة الكاملة ، فقد جعل القانون للدائن -

- التقنين المدني الليبي : م ٣٤٧ و ٣٤٨ (مطابقتان للمادتين ١/٣٦٠ و ٣٦١ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي : م ١/٤٠٦ : إذا اتفق المتعاقدون في الإنابة على أن يستبدلوا التزاماً جديداً بالالتزام الأول ، كانت الإنابة تجديدًا للالتزام بتغيير المدين . (ونص التقنين العراقي لا يشترط ، كما يشترط ، نص التقنين المصري ، ألا يكون المتاب معسراً وقت الإنابة : أنظر مع ذلك الأستاذ حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ٣٤٣) .

م ٤٠٧ (مطابقة للمادة ٣٦١ من التقنين المدني المصري) .

تقنين الوجبات والمفوض البناني م ٣٢٧ : إذا كان قصد المتعاقدين إبدال الموجب أو الموجبات السابقة بموجب جديد (تفويض كامل) فبمجرد في الحال ذمة المفوض تجاه المفوض لديه ، حل شرط أن يكون الالتزام الجديد الذي التزمه المفوض إليه صحيحاً وأن يكون المفوض إليه ملتبساً عند التفويض . (وهذا الحكم متفق مع حكم التقنين المدني المصري . ولا مقابل في التقنين البناني المادة ٣٦١ من التقنين المصري ، فهل يمكن العمل بحكم هذه المادة في لبنان واعتبار التزام المفوض إليه تجاه المفوض لديه التزاماً مجرداً ، بالرغم من انعدام النص على ذلك ؟) .

المناب لديه - حق الرجوع على المدين - المنيب - إذا كان المدين الجليلد - المناب - معسراً وقت الإنابة، وذلك دون حاجة إلى اشتراط ذلك عند الإنابة. فقد افترض القانون أن هذه هي نية ذوى الشأن، وأن المناب لديه لم يقبل الإنابة مع التجديد، وما يستتبع ذلك من براءة ذمة المنيب، إلا وهو حاسب أن المناب موسر وقت الإنابة على الأقل. فاذا تبين أنه كان معسراً في هذا الوقت، رجع المناب لديه على المنيب، ولكن لا بدعوى ضمان، بل بدعوى الدين الأصلي. ذلك أن المناب لديه وقع في غلط جوهرى، عندما رضى بالإنابة حاسباً أن المناب غير معسر. فاذا ما أبطل الإنابة للخلط، رجع الالتزام الأصلي الذى كان له في ذمة المنيب بما كان يكفله من تأمينات (١).

٥١٩ - المعرفة ما بين المنيب والمناب : قد لا تكون هناك مديونية

سابقة ما بين المنيب والمناب كما قدمنا. فعند ذلك، وبعد أن أصبح المناب مديناً للمناب لديه، يستطيع الرجوع على المنيب بدعوى شخصية، هي دعوى الوكالة إن كانت الإنابة بتفويض من المنيب، أو هي دعوى الفضالة، أو في

(١) المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٦٤ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٧٧ - وعلى المناب لديه أن يثبت إضرار المناب حتى يستطيع الرجوع على المنيب (بودرى وبارد ٣ فقر ١٧٤٨).

ويذهب بعض الفقهاء إلى التمييز بين الإنابة الكاملة حيث يرجع المناب لديه على المنيب بدعوى الدين الأصلي إذا كان المناب معسراً وقت الإنابة وذلك عن طريق إبطال الإنابة لخلط، وبين التجديد بتغير المدين إذا اشترط الدائن على المدين الأصلي إيسار المدين الجديد وقت التجديد حيث يرجع الدائن على المدين الأصلي بدعوى الضمان لا بدعوى الدين الأصلي إذا كان المدين الجديد معسراً وقت التجديد (كولان وكايبثان ٢ فقرة ٥٥٤ ص ٣٨٩ - بلانيول وريبير وبولانجي ٢ فقرة ١٨٣٠ - بيدان ولاجارد ٩ فقرة ١٠٢٢). ويرى الأستاذة بلانيول وريبير وردوان أنه يمكن اعتبار التجديد بتغير المدين المشروط فيه إيسار المدين الجديد تجديداً مطلقاً على شرط هذا الإيسار. فإذا تخلف هذا الشرط، وتبين أن المدين الجديد كان معسراً وقت التجديد، انفسخ التجديد، ورجع الدائن على المدين الأصلي بدعوى الدين الأصلي لا بدعوى الضمان، فلا يكون هناك محل للتمييز بين الإنابة الكاملة والتجديد بتغير المدين المشروط فيه إيسار المدين الجديد (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٧٧ ص ٦٨١ - ص ٦٨٢ - وانظر أيضاً بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٥٠).

القليل دعوى الإثراء بلا سبب . وهذا كله مالم يكن المناب قد انصرفت نيته إلى التبرع ، فعندئذ لا يرجع بشيء على المنيب .

أما إذا كان المناب مديناً للمنيب ، فالغالب أن يكون قد قصد من قبوله الإنابة أن يحدد الدين الذى فى ذمته للمنيب عن طريق تغيير الدائن ، ويكون قد وفى هذا الدين بالالتزام الجديد الذى نشأ فى ذمته للمناب لديه ، فلا يرجع على المنيب بشيء (١) . وقد لا يقصد المناب تجديد دينه بتغيير الدائن . فعند ذلك تبقى الإنابة كاملة كما قلنا ، لأن العبرة فى كونها كاملة هى بانطوائها على تجديد بتغيير المدين لا على تجديد بتغيير الدائن . ولما كان التجديد بتغيير المدين قد أنشأ فى ذمة المناب التزاماً جديداً نحو المناب لديه ، فإن المناب يرجع على المنيب بدعوى الوكالة أو الفضالة أو الإثراء بلا سبب . وقد تقع مقاصة — إذا توافرت شروطها — ما بين حق الرجوع هذا وبين الدين الذى فى ذمة المناب للمنيب ، فيتقضى هذا الدين عن طريق المقاصة إن كان لا يتقضى عن طريق التجديد .

٥٢٠ — **المعروف ما يبيع المناب لمريم والمناب** : رأينا أن التجديد بتغيير المدين الذى تضمنته الإنابة الكاملة قد أنشأ التزاماً جديداً فى ذمة المناب للمناب لديه ، حل محل الالتزام الأصيل الذى كان فى ذمة المنيب للمناب لديه والذى انقضى بالتجديد . ومن ثم يكون للمناب لديه حق الرجوع على المناب بهذا الالتزام الجديد . فإن وجدده معسراً ، وكان الإعسار قائماً وقت الإنابة ، فقد رأينا أن التجديد يجوز بإبطاله ، فيرجع المناب لديه على المنيب بدعوى الدين الأصيل . أما إذا كان الأعسار قد حدث بعد الإنابة ، تحمل المناب لديه تبعه هذا الإعسار ، ولا رجوع له على المنيب بسببه إلا إذا كان قد اشترط ذلك عليه فى عقد الإنابة .

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى فى هذا المسد : « ويقضى تجديد صلة المنيب والمناب شيئاً من التفصيل : فإن كان المنيب فى ذمة المناب دين سابق ، انطوت الإنابة على تجديد بتغيير الدائن . وإن لم يكن بينهما مثل هذا الدين ، ثبت للمناب حق الرجوع على المنيب ، مالم تكن نيته قد انصرفت إلى التبرع له » . (مجموعة الأعمال للتفسيرية ٣ ص ٢٦٨) .
(٢٠٠ م — الوسيط)

وعند رجوع المتاب لديه على المتاب بالالتزام الجديد ، لا يستطيع الثاني أن يحتج على الأول بالدفع التي كان يستطيع أن يحتج بها على المتب في الدين الذي للمتب في ذمة المتاب ، فانه لا توجد علاقة بين هذا الدين وبين الالتزام الجديد الذي نشأ في ذمة المتاب للمتاب لديه . ويعتبر الالتزام الجديد التزاماً مجرداً (obligation abstraite) بالنسبة إلى الالتزام الذي في ذمة المتاب للمتب . ولذلك رأينا المادة ٣٦١ مدني تنص على أن « يكون التزام المتاب قبل المتاب لديه صحيحاً ، ولو كان التزامه قبل المتب باطلاً ، أو كان هذا الالتزام خاضعاً لدفع من الدفع ، ولا يبقى للمتاب إلا حق الرجوع على المتب ، كل هذا ما لم يوجد اتفاق يقضى بغيره » . فإذا لم يجعل المتاب ، باتفاق واضح ، التزامه نحو المتاب لديه خاضعاً لالتزامه نحو المتب ، ولم يبين عند قبوله الإجابة أنه لم يرض بها إلا بسبب أنه مدين للمتب وأنه يني بهذا الدين عن طريق التزامه نحو المتاب لديه ، كان التزامه نحو المتاب لديه مثبت الصلة بالتزامه نحو المتب . وترتب على ذلك أنه يبقى ملتزماً نحو المتاب لديه عن طريق التجديد ، حتى لو ثبت أن التزامه نحو المتب باطل لأي سبب من أسباب البطلان ، أو أن هذا الالتزام قد انقضى لأي سبب من أسباب الانقضاء ، أو أن هناك أي دفع آخر يمكن أن يدفع به هذا الالتزام (١) . ويجب عليه في كل حال أن يني بالتزامه نحو المتاب لديه ، ثم إذا ثبت أن التزامه نحو المتب لا وجود له لبطلانه أو لانقضائه أو لأي سبب آخر ، رجع بدعوى الوكالة أو الفضالة أو الإراء بلا سبب على المتب ، كما كان يرجع لو لم تكن بين الاثنين مديونية سابقة (٢) .

(١) استئناف مخطط ٢٥ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٦١ .

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التفسيرية ٢ ص ٢٦٥ —

وهذا من العلاقة ما بين الالتزام الجديد والالتزام الذي يكون في ذمة المتاب للمتب . أما فيما بين الالتزام الجديد والالتزام الأصل الذي كان في ذمة المتب للمتاب لديه ، فالعلاقة وثيقة ، فإن الأول قد حل محل الثاني من طريق التجديد . ويكون انقضاء الالتزام الثاني متوقفاً حل نشوء الالتزام الأول صحيحاً ، كما أن نشوء الالتزام الأول متوقف حل انقضاء الالتزام الثاني ، وهذا هو الأمر في شأن كل تجديد .

المطلب الثاني

الإنبابة القصاصة

٥٢١ — النصوص القانونية : تنص الفقرة الثانية من المادة ٣٦٠ من

التقنين المدني على ما يأتي :

« ومع ذلك لا يفترض التجديد في الإنابة ، فإذا لم يكن هناك اتفاق على التجديد ، قام الالتزام الجديد إلى جانب الالتزام الأول » (١) .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكن الحكم كان معمولاً به دون نص (٢)

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٢/٣٥٨ — وفي التقنين المدني الليبي المادة ٢/٣٤٧ — وفي التقنين المدني العراقي المادة ٢/٤٠٦ — وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٣/٣٢٦ (٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢/٤٩٧ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٢/٣٧٢ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٢/٣٦٠ (مجموعة الأحوال التحضيرية ٣ ص ٢٦٢ — ص ٢٦٣) .

(٢) المرجع المؤلف فقرة ٥٨٢ — الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٨٠٧ .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٢/٣٥٨ (مطابقة المادة ٢/٣٦٠ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٢/٣٤٧ (مطابقة للمادة ٢/٣٦٠ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٢/٤٠٦ (مطابقة للمادة ٢/٣٦٠ من التقنين المدني المصري : انظر الأستاذ حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ٣٤٤ — فقرة ٣٤٥) .
تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٣/٣٢٦ : وهذا التعامل لا يقدر تقديرًا (ne se présume pas) ولا يفرض إلى تجديد موجب سابق كان يربط المفوض بالمفوض إليه أو المفوض بالمفوض

لديه . وإذا لم يكن هناك نص خاص ، فالمرجح الجديد يتنم (vient se juxtaposer) بجانب الموجبات السابقة (وهذا ما يسمى التفويض قناص) .

(وحكم التقنين اللبناني متفق مع حكم التقنين المصري) .

وقد قدمنا أن التجديد لا يفترض في الإنابة ، فإذا لم يشترط أو قام شك في اشتراطه ، فالمفروض أن أطراف الإنابة لم يقصدوا تجديداً ، بل قصدوا أن يضيف المناب لديه إلى المنيب مدينة الأصل مديناً جديداً هو المناب .

فتناول هنا ، كما تناولنا في الإنابة الكاملة ، العلاقة ما بين المنيب والمناب لديه ، ثم العلاقة ما بين المنيب والمناب ، ثم العلاقة ما بين المناب لديه والمناب .

٥٢٢ — المعرفة ما بين المنيب والمناب لمريم : في الإنابة القاصرة يبقى

المنيب مديناً للمناب لديه ، ولا تبرأ ذمته إلا إذا وفى المناب الالتزام الجديد الذى فى ذمته للمناب لديه ، أو إلا إذا وفى المنيب نفسه للمناب لديه الدين الأصلى الذى فى ذمته . وبمجرد أن يقوم أحدهما — المناب أو المنيب — بالوفاء للمناب لديه ، تبرأ ذمة الآخر . وللمناب لديه أن يرجع على المنيب بالدين الأصلى بما يكفله من تأمينات (١) قبل أن يرجع على المناب ، كما أن له أن يرجع على المناب بالالتزام الجديد قبل أن يرجع على المنيب ، فليس يلتزم فى الرجوع على أيهما بترتيب معين .

٥٢٣ — المعرفة ما بين المنيب والمناب : إذا لم تكن هناك

مديونية سابقة بينهما ، وقد أصبح المناب مديناً للمناب لديه ، فانه إذا وفاه هذا الدين قبل أن يوفيه المنيب الدين الأصلى ، كان للمناب حق الرجوع على المنيب بدعوى الوكالة أو الفضالة أو الإثراء بلا سبب بحسب الأحوال ، ما لم يكن متبرعاً فلا يرجع بشئ .

أما إذا كان المناب مديناً للمنيب ، فيجوز أن يكون قد قصد تجديد هذا الدين عن طريق التزامه نحو المناب لديه ، فينتفى التزاه نحو المنيب فى مقابل الالتزام الذى نشأ فى ذمته للمناب لديه ، ويكون هذا تجديدياً بتغيير الدائن . فإذا ما وفى المناب الدين للمناب لديه ، لم يرجع على المنيب بشئ . أما إذا كان المنيب هو الذى وفى الدين الأصلى للمناب لديه ، فانه يرجع على المناب بما كان

(١) بولانيه فى أنيكلاويدي دالرز ٢ لفظ (délégation) فقرة ١٤ .

له من دين في ذمته ، لأن ذمة المتاب نحو المتاب لديه تكون قد برئت بالوفاء
الحاصل من المتب ، فينسخ التجديد ، ويعود الدين الذي كان في ذمة
المتاب المتب .

وقد لا يقصد المتاب تجديد دينه قبل المتب ، فيبقى هذا الدين قائماً في ذمته .
ويرجع به عليه المتب ، إذا كان هو الذي قام بالوفاء للمتاب لديه . أما إذا
كان المتاب هو الذي قام بالوفاء للمتاب لديه ، كان له حق الرجوع على المتب .
وقد تقع مقاصة — إذا توافرت شروطها — ما بين حق الرجوع هذا وبين الدين
الذي في ذمة المتاب المتب .

٥٢٤ — الموقوف ما يبيع المتاب لمرء والمتاب : هذه هي السمة البارزة

في الإنابة القاصرة ، فان المتاب يكون مديناً جديداً للمتاب لديه ، فيكون إذن
للمتاب لديه مدينتان : مدينته الأصلية وهو المتب ، والمدين الجديد وهو المتاب .
ويستطيع المتاب لديه ، كما رأينا ، أن يرجع على أيهما دون أن يلتزم بترتيب
معين ، فإذا وفاه أحدهما برئت ذمة الاثنين معاً نحوه . ثم يرجع المتاب على
المتب أو لا يرجع بحسب الأحوال ، طبقاً للقواعد التي أسلفناها . ويترب على
ما قدمناه أنه إذا كان المتاب مديناً للمتب ، فالتزم نحو المتاب لديه في مقابل
الدين الذي في ذمته للمتب ، اجتمعت ديون ثلاثة : دين المتب للمتاب لديه ،
ودين المتاب للمتب ، ودين المتاب للمتاب لديه . فإذا قضى المتاب الدين
للمتاب لديه ، انقضت هذه الديون الثلاثة في وقت واحد (١) .

وبلاحظ أنه إذا كان للمتاب لديه مدينتان ، فان كل مدين منهما مصلح

(١) وقد جاء في المأكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد : « أما إذا بقي المنهب ملتزماً بالدين
قبل المتاب له رغم الإنابة ، فيكون للاثنتين مدينتان موعداً عن مدين واحد ، وهذا هو القرض
للمتاب لأن التجديد لا يفترض في الإنابة . فلو فرض في هذه الحالة أن كان للمتب دين سابق
في ذمة المتاب ، استتمت الإنابة وجود دين ثالث يقترب للمتاب لديه في ذمة المتاب ويضم إلى
الدينين الأولين ، وهما دين المتاب له قبل المنهب ودين المنهب قبل المتاب ، فإذا قام المتاب
بقضاء حق المتاب له ، انقضت هذه الديون الثلاثة . وإذا تخلف عن الوفاء ، كان للمتاب له أن
يرجع على المنهب والمتاب ، دون أن يكونا مضامين . فإن وفاه الأول كان لهذا أن يرجع بدينه
على المتاب ، وإن انصف من الثاني انقضت الديون الثلاثة كما تقدم بيان ذلك ، (بحسوة الأعمال
التحضيرية ٢ ص ٢٦٤ — ص ٢٦٥) .

دينه مستقل عن مصدر دين الآخر : مصدر دين المنيب هو مصدر الالتزام الأصلي ، ومصدر دين المتاب هو عقد الإنابة . ومن ثم لا يكون هناك تضامن بين المدينين (١). كذلك لا يعتبر المتاب كفيلاً للمنيب ، فقد قدمنا أن للمتاب لديه أن يرجع عليه أولاً وليس له أن يدفع بحق التجريد (٢).

والدين الذي أنشأته الإنابة في ذمة المتاب للمتاب لديه هو دين مجرد (obligation abstraite) ، لا يتأثر بالدين الذي يكون في ذمة المتاب للمنيب ، شأن الإنابة القاصرة في ذلك هو شأن الإنابة الكاملة فيما قدمناه . فإذا كان الدين الذي في ذمة المتاب للمنيب باطلاً ، أو كان قد انقضى ، أو كان يصح أن يدفع بأى دفع آخر ، فليس لأى شيء من هذا أثر في الدين الذي في ذمة المتاب للمتاب لديه (٣). ذلك أن المتاب لديه عندما اتخذ المتاب مدينًا جديدًا إلى جانب مدينه

(١) ولما كان الدينان لما محل واحد بالرغم من اختلاف المصدر ، يدل على ذلك أن الوفاء بأحدهما يبرئ من الآخر (انظر دى باج ٣ فقرة ٦١٢ ص ٥٨٤) ، أمكن القول بأنه إذا لم يكن هناك تضامن بين المدينين ، فهناك تضامن بينهما ، فهما مدينان بالتضامن (in solidum) لا بالتضامن (انظر آنفاً فقرة ١٧٧ - وقارن بلانيول وريبير ورموان ٧ فقرة ١٢٧٨ - ص ٦٨٢ هاشى رقم ١) .

(٢) فالإنابة القاصرة ضمان الدائن أكثر منها ضماناً للمدين ، والفرض منها أن يتمكن المدين من تقديم ضمان لدائته ، فيما إذا أراد مد أجل الدين أو قبلها إذا وقع عند الدائن شك في يساره ، فيأتى بمدين آخر إلى جانبه يستطيع الدائن أن يرجع عليه أولاً إذا شاء . وهذا من شأنه أن يبعث الاطمئنان إلى نفس الدائن ، وأن يمكن المدين من استخدام ما عسى أن يكون له من دين في ذمة المتاب ليكون أداة ائتمان يوثق بها دينه نحو دائته (انظر في هذا المعنى بلانيول وريبير ورموان ٧ فقرة ١٢٧٨ ص ٦٨٢ هاشى رقم ١ - وانظر أيضاً بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٥٣ - كولان وكايتان ٢ فقرة ٥٥٤) . ومع ذلك يلعب بعض الفقهاء إلى أن تفسير التبة المقولة لأطراف الإنابة يؤول إلى القول بأن المتاب لديه يرجع أولاً على المتاب ، فإن لم يدفع الدين في الحال رجع المتاب لديه فوراً على المنيب دون حاجة إلى اتخاذ إجراءات أخرى . ويكون شأن الإنابة القاصرة في المسائل المدنية هو شأن الكيالية في المسائل التجارية ، ففى الكيالية إذا لم يهتوف صاحبها حق من المسحوب عليه رجع فوراً على الساحب (يردان ولاجارو ٩ فقرة ١٠٢٤ ص ١٠٠ - وانظر أيضاً في هذا المعنى بولانجيه في أنسيكلويدى دالوز ٢ لفظ délegation فقرة ١٥ - بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٨٣٢) .

(٣) حل أنه قد تتعطل التأمينات التي كانت للدين المنيب في ذمة المتاب عند رجوع المتاب لديه على المتاب إذا كانت هذه هي نية أسباب الشأن ، وقد قست محكمة الاستئناف المخطئة بأنه -

الأصل لم يدخل في اعتباره أن هذه المديونية الجديدة لها أية صلة بالمديونية ما بين المتاب والمنيب . وقد سبق بيان ذلك تفصيلاً عند الكلام في الإنابة الكاملة ، وأوردنا نص المادة ٣٦١ مدني التي تقضي بأن : يكون التزام المتاب قبل المتاب لديه صحيحاً ولو كان التزامه قبل المنيب باطلاً ، أو كان هذا الالتزام خاضعاً لدفع من الدفع ، ولا يبقى للمتَاب لإلحاق الرجوع على المنيب ، كل هذا ما لم يوجد اتفاق يقضى بغيره . وهذا النص يسرى على الإنابة القاصرة كما يسرى على الإنابة الكاملة ، فهو لا يميز في عموم عباراته بين هاتين الصورتين (١) . وإذا وفي المتاب الدين للمتَاب لديه ، وكان التزامه هو نحو المنيب باطلاً أو كان قد

— إذا أناب بائع العقار المشتري في الوفاء بدين على البايع بما على المشتري من الثمن وكانت هذه الإنابة شرطاً في البيع ، انتقل للمتَاب لديه حق امتياز البايع على العقار وهو في يد المشتري (استئناف مخطوط ٧ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٨٢) .

(١) ومن الحق أن يرجع المتَاب لديه على المتَاب ، دون أن يمتد بالمديونية بين المتَاب والمنيب . فهو في الإنابة القاصرة قد ضم المتَاب مدينياً إلى جانب المنيب لقاء مزية أولها ، كأن يكون قد مد في أجل الدين . وهو في الإنابة الكاملة قد أبرأ ذمة المنيب وجعل مكانه المتَاب مدينياً ، فلا يجوز بعد أن فقد حق الرجوع على المنيب ألا يستطيع الرجوع بعد ذلك على المتَاب (بلانبول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٧٤ - وانظر أيضاً بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٥٦ - وأنظر استئناف مخطوط ١٠ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٠٨ - ١٧ مارس سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١٩١ - ومع ذلك انظر في أن المتَاب يستطيع أن يحتج على المتَاب لديه بالدفع التي كان يستطيع أن يحتج بها على المنيب وذلك في الإنابة القاصرة دون الإنابة الكاملة : استئناف مخطوط ٢٥ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٦١) .

وإذا كان المتَاب مدينياً للمنيب وقبل الإنابة فأصبح مدينياً للمتَاب لديه ، فإن مركزه يختلف في الإنابة عنه في حوالة الحق فيما إذا كان المنيب ، بدلاً من الالتجاء إلى الإنابة ، عمداً إلى حوالة الحق الذي له في ذمة المتَاب إلى دائن جديد . فتختلف عندئذ حوالة الحق عن الإنابة من الرجوع الآتية : (١) من حيث الانقضاء : لا تقتضي الحوالة رضاء الدين ، وتقتضي الإنابة رضاء المتَاب . (٢) من حيث النفاذ : تقتضي الحوالة إعلان الدين أو قبوله ، ولا تقتضي الإنابة إعلان المتَاب إذ هو رضى بالإنابة فلا حاجة إلى إعلانه بها . (٣) من حيث الآثار : في الحوالة ينتقل إلى الدائن الجديد نفس الحق بصفاته وتأميناته ودفعه ، وفي الإنابة يترتب للمتَاب لديه في ذمة المتَاب حق جديد ليست له صفات الحق الذي للمنيب على المتَاب ولا تأميناته ولا دفعه . ويتبين من ذلك أن الإنابة تختلف عن الحوالة من الناحية الآتية : لا يستطيع المتَاب أن يحتج على المتَاب لديه بالدفع التي كان يستطيع أن يحتج بها على المنيب ، أما في حوالة الحق قبل التقيض من ذلك يستطيع الدين أن يحتج على المحال له بالدفع التي كان يستطيع أن يحتج بها على الدائن الأصلي .

انقضى، فانه يرجع على المنيب بدعوى الوكالة أو الفضالة أو الإثراء بلا سبب بحسب الأحوال، كما هو الأمر فيما لو لم تكن هناك مديونية سابقة بينهما. وغنى عن البيان أن للمتاب أن يشترط في الإنابة جعل التزامه نحو المنيب سبباً لالتزامه نحو المتاب لديه، وعندئذ يسقط التزامه نحو المتاب لديه إذا تبين أن التزامه نحو المنيب كان باطلاً أو كان قد انقضى أو كان يمكن دفعه بأى دفع آخر (١).

وإذا كان الدين الذى للمتاب لديه على المتاب لا يتأثر بالدين الذى للمنيب على المتاب، فانه على التقيض من ذلك يتأثر بالدين الذى للمتاب لديه على المنيب، إذ أن عمل الدينين عمل واحد كما قدمنا، فالدفوع التى يمكن أن يدفع بها أحدهما يدفع بها الآخر. ذلك أن المتاب لما اتخذ مدينين، المنيب والمتاب، لم يقصد أن يضاعف الدين الذى له، ولا وجه لهذه المضاعفة. بل هو قصد أن يتقاضى الدين الذى له من أى المدينين، فاذا تقاضاه من أحدهما برئت ذمة الآخر. فالدينان متصلان أحدهما بالآخر أوثق الاتصال، وإذا كان الدين الذى للمتاب لديه على المنيب باطلاً أو قابلاً للإبطال أو كان يمكن أن يدفع بأى دفع آخر، جاز للمتاب فى الدين الآخر الذى فى ذمته للمتاب لديه أن يدفع رجوع هذا عليه بكل هذه الدفوع (٢).

(١) الأستاذ أساميل غالم فى أحكام الالتزام فقرة ٢٧٩ ص ٣٥٩.

(٢) أنظر فى هذا للمضى فيما يتعلق بالإنابة الكاملة كاييتان فى السبب فقرة ١٧٩ ص ٣٩٨ هامش رقم ٢ — بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٥٢ — وفى القانون الألمانى يميز الفقهاء، فى الإنابة الكاملة والإنابة القاصرة حل حد سواء، بين ما إذا كان المتاب قد التزم نحو المتاب لديه التزاماً مجرداً فتد ذلك لا يستطيع أن يحتج عليه بالدفوع التى كان يستطيع المنيب أن يحتج بها، أو التزم التزاماً غير مجرد وعندئذ يستطيع أن يحتج بهذه الدفوع (كاييتان فى السبب فقرة ١٨٣ ص ٤٠٩ هامش رقم ٣). وغنى عن البيان أن المتاب، فى الصنفين المصرى، لا يلتزم نحو المتاب لديه التزاماً مجرداً إلا فيما يتعلق بالدفوع التى كان يستطيع أن يحتج بها على المنيب (م ٢٦١ مدق)، أما الدفوع التى كان المنيب يستطيع أن يحتج بها على المتاب لديه فلا يوجد نص يجعل التزام المتاب فيها مجرداً.

انظر مذهب هذا الرأى — أى لا يجوز للمتاب أن يحتج على المتاب لديه بالدفوع التى تكون المنيب فى مواجهة المتاب لديه — الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٩٤ — ص ٩٥ بالنسبة إلى الإنابة القاصرة وص ٩٧ بالنسبة إلى الإنابة الكاملة — وانظر أيضاً الأستاذ محمود أبو حنيفة —

الفصل الثالث

المقاصة (*)

Compensation

٥٢٥ — المقاصة أداة وفاء وأداة ضمانه : إذا أصبح المدين دائناً

لدائنه ، وكان محل كل من الدينين المتقابلين — ما في ذمة الدين للدائن وما في

— في التصرف القانوني المجرد (النسخة العربية) فقرة ٦١ ص ٢٢٠ — ص ٢٢١ (ويذهب إلى حد أنه إذا قام المنيب بوفاء الدين بعد الإنابة ، لم تبرا ذمة المناب ولا يجوز له أن يحتج حل المناب لديه بجلد الوفاء) .

والقضاء المخلط قد اضطرر في المعنى الذي نقول به ، فقد قضى : (أولاً) بأنه لا يجوز للمناب أن يحتج حل المناب لديه بالدفع التي كان يستطيع أن يحتج بها حل المناب ، فهذا يكون التزام المناب مجرداً (استئناف مخطط ١٠ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٠٨ — ١٧ مارس سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١٩١ ، ومع ذلك انظر استئناف مخطط ٢٥ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٦١) . (ثانياً) بأنه يجوز للمناب أن يحتج حل المناب لديه بالدفع التي تكون للمنيب في مواجهة المناب لديه ، فهذا لا يكون التزام المناب مجرداً (استئناف مخطط ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٠٨ م ٢١ ص ٢٨ — ٢ مارس سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ١٩٤ — أول ديسمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ٧٨) .

حل أن الماكزة الإيضاحية المشروح التمهيد قد ورد فيها ما يفيد عدم جواز احتجاج المناب حل المناب لديه بالدفع التي للمنيب في مواجهة المناب لديه ، فقد جاء فيها ما يأتي : « بيد أن الفكرة الجهرية في الإنابة هي أن تعهد المناب قبل المناب له تعهد مجرد . وأهم ما يتفرع حل هذه الفكرة من القاحية العملية عدم جواز احتجاج المناب حل المناب له (وردت المناب خطأ في الماكزة الإيضاحية) بالدفع التي كان له أن يتسك بها قبل المناب ، أو بالدفع التي كان للمنيب أن يتسك بها قبل المناب له ، (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٦٥) . ونرى عدم التمسك بما جاء في الماكزة الإيضاحية في هذه المسألة .

(*) مراجع : جوسلين (Jousselin) في المقاصة القانونية والمقاصة القضائية رسالة من باريس سنة ١٩٠٠ — كاسان (Cassin) الدفع المستخلص من عدم التنفيذ في الروابط التبادلية رسالة من باريس سنة ١٩١٤ — نيكه (Nickot) مفعول المقاصة (Du jeu de la compensation) رسالة من مونبليه سنة ١٩٣٤ — نستياني (Nestianu) في المقاصة في القانون المدني الألماني رسالة من باريس سنة ١٩٣٨ — لير (Lair) في المقاصة والاعلوى الفرعية —

ذمة الدائن للمدين — نقوداً أو مثليات متحدة في النوع والجودة ، وكان كل من الدينين خالياً من النزاع مستحق الأداء صالحاً للمطالبة به قضاء ، انقضى الدينان بقدر الأقل منهما عن طريق المقاصة . فالمقاصة إذن هي أداة وفاء ، وهي في الوقت ذاته أداة ضمان (١) .

أما أنها أداة وفاء ، فذلك ظاهر مما قدمناه . فتقابل دينين توافرت فيهما شروط معينة يقضى كلا الدينين بقدر الأقل منهما ، فيكون كل مدين قد وفى الدين الذى عليه بالدين الذى له ، ومن هنا كانت المقاصة أداة وفاء أو سبباً من أسباب انقضاء الالتزام . بل هي أداة تبسيط في الوفاء ، فهي تقضى دينين في وقت معاً دون أن يدفع أى مدين من المدينين إلى دائته شيئاً ، إلا من كان دينه أكبر فيدفع لدائته ما يزيد به هذا الدين على الدين الآخر . وبذلك يقتصد المدين من نفقات الوفاء ، ولا يتجشم عناء إخراج النقود أو غيرها من المثليات وإرسالها للدائن وما ينطوى عليه ذلك من مخاطر وتبعات (٢) . ومن ثم كان للمقاصة شأن كبير في المعاملات التجارية حيث الحاجة تشتد إلى السرعة في التعامل والاقتصاد في الإجراءات . وهذا الحساب الجارى ، وهو من دهائم

— في القانون الرومانى والقانون الفرنسى القديم والحديث باريس سنة ١٨٦٢ — ألبير ديجاردن (Albert Desjardins) في المقاصة والدمارى القرية في القانون الرومانى والقانون الفرنسى القديم والحديث باريس سنة ١٨٦٤ .

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية لمشروع التهيدي في هذا المعنى : « ويضرح حل ذلك أن المقاصة تنطوى على معنيين : أولها معنى الوفاء ، فكل من الدينين يقاس وفاء بالدين الآخر . والثاني معنى الضمان ، لأن من يتمسك بها ، لتلاق ما وجب في ذمته بما وجب له في ذمة هذا الدائن من حيث القصاص ، يضمن استيفاء دينه مقدماً على سائر الدائنين . وقد تغالت التقنيات الجرمانية في إحمال فكرة الضمان هذه ، فقضت المادة ١٢٣ من تقنين الالتزامات السويسرى مثلاً بأن للدائنين عند إفلاس المدين أن يقاسوا ديونهم ، ولو لم تكن مستحقة الأداء ، فيما يجب في ذمتهم من ديون المفسر . وغنى عن البيان أن هذا النص يجعل المقاصة حقيقة الامتياز ، وهو أمر غير ميسور القبول » (مجموعة الأعمال التوضيحية ٣ ص ٢٧٤) .

ويلاحظ أن فكرة الضمان هي الغالبة في القوانين الجرمانية فالمقاصة فيها ضرب من التأمين (garantie) ، وفكرة الوفاء هي الغالبة في القوانين اللاتينية فالمقاصة فيها وفاء مبسط . (paiement abrégé) . انظر في هذا المعنى يردان ولاجارد ٩قرة ١٠٣٥ وقرة ١٠٤٨ من ١٢١ جاش رقم ٣ — كولان وكايغان ٢قرة ٥٧٦ . (٢) بلانبول وريبير وودوان ٧قرة ١٢٨١ .

التجارة ، يقوم على أساسين ، المقاصة ثم التجديد . فتقع المقاصة أولاً بين الحساب الدائن والحساب المدين ، ثم يتخلف عن المقاصة رصيد هو الذى يقع فى شأنه التجديد . وهذه غرف المقاصة (chambres de compensation) ، تقوم عملياتها على إجراء المقاصة بين ما للمصارف وما عليها ، فيستغنى بذلك عن نقل العملة من مصرف إلى مصرف ثم ردها بعد ذلك إلى المصرف الذى خرجت منه (١) .

وأما أن المقاصة أداة ضمان ، فذلك ظاهر أيضاً من أن الدائن الذى يستوفى حقه من الدين الذى فى ذمته لمدينه إنما يختص بهذا الدين الذى فى ذمته دون غيره من دائنى المدين ، فيستوفى حقه منه متقدماً عليهم جميعاً . وهو ، وإن كان دائناً عادياً ، فى حكم الدائن المرتهن أو الدائن ذى حق الامتياز ، والدين الذى فى ذمته فى حكم المال المرهون المخصص لوفاء حقه . ومن ثم تكون المقاصة من شأنها أن تقدم للدائن تأمينا ، فهى من هذا الوجه أداة ضمان (٢) .

٥٢٦ — المقاصة والرفع بعدم التنفيذ والحق فى الحبس : والمقاصة ،

كأداة للضمان على الوجه الذى يبيناه ، تقرب فى مهمتها من نظامين قانونيين آخرين ، هما الدفع بعدم التنفيذ والحق فى الحبس . فقد رأينا أن أى طرف فى العقد الملزم للجانبين له أن يمتنع عن تنفيذ ما عليه من التزام حتى يستوفى ماله من حق مقابل ، ورأينا كذلك أن الدائن له أن يحبس تحت يده ما لمدينه عنده حتى يستوفى حقاً مرتبطاً بالشئ المحبوس . فى هاتين الحالتين وضع القانون تحت تصرف الدائن أداة ضمان تكفل له الوفاء بحقه ، فيمتنع عن تنفيذ التزامه أو يحبس ما تحت يده . والمقاصة تؤدي نفس الغرض ، فالدائن لا يدفع الدين الذى عليه استيفاء للحق الذى له . بل إن المقاصة تصل إلى مدى أبعد فى تأدية هذا الغرض ، إذ الدائن لا يقتصر على الامتناع عن تنفيذ التزامه أو على حبس الدين الذى عليه ، بل هو يقضى الدين الذى عليه قضاء تاماً بالحق الذى له فى

(١) بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٠٣ — بلانويول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٨١ .

(٢) بيدان ولجار ٩ فقرة ١٠٣٤ — فقرة ١٠٣٩ — دى باج ٣ فقرة ٦١٧ —
الموجز المصنف فقرة ٥٨٣ .

ذمة دائته (١) . وقد سبقت الإشارة إلى ذلك عند الكلام في الدفع بعدم التنفيذ في الجزء الأول من الوسيط ، وفي الحق في الحبس في الجزء الثاني .

٥٢٧ - منشأ المقاصة في القانون الروماني وفي القانون الفرنسي

القديم : وما يوثق العلاقة ما بين المقاصة والحق في الحبس - والدفع بعدم التنفيذ ليس إلا صورة من صور الحق في الحبس كما قلنا - أن منشأهما واحد في القانون الروماني ، فقد كان كلاهما يقوم على الدفع بالغش (exception de dol) .

فقد رأينا عند الكلام في الحق في الحبس (٢) أن منشأ هذا الحق يرجع إلى عهد القانون الروماني ، فقد كان الحائر لعين غير مملوكة له وهو يعتقد أنها ملكه ، إذا أنفق مالا في حفظها أو في تحسينها ، وأراد المالك أن يسترد العين ، أعطى البريطور الروماني للحائر دفعا بالغش (exceptio doli) يدفع به دعوى الاسترداد حتى يسترد ما صرفه في حفظ العين وفي تحسينها . وكذلك أعطى هذا الدفع بالغش في العقود الملزمة لجانب واحد كالوديعة ، إذا أنفق المودع عنده مالا على الوديعة وكان له الحق في استرداد ما أنفق . وكان هذا الدفع مفهوماً ضمنياً في العقود الملزمة لجانبين ، وبموجبه يستطيع كل من المتعاقدين أن يقف بتنفيذ التزامه حتى يقوم المتعاقد الآخر بتنفيذ الالتزام المقابل ، وهذا ما سمي بعد ذلك في القانون الفرنسي القديم بالدفع بعدم تنفيذ العقد .

أما المقاصة فقد تأخر ظهورها في القانون الروماني ، إذ حال دونها في أول الأمر مبدأ كان معروفاً في القانون الروماني القديم هو مبدأ وحدة الدعوى . فالدعوى الواحدة كانت لا تتضمن إلا طلباً واحداً ، وكان لا يجوز دفعها إلا بنعم أو لا ، أى بالإقرار أو الإنكار . فإذا طالب الدائن مدينه بالدين ، وأراد المدين أن يدفع الطلب بالمقاصة في دين له في ذمة الدائن ، امتنع ذلك عليه ،

(١) بودرى وبازد ٢ فقرة ١٨٠٢ ص ١٣١ - ص ١٢٢ - بلانول وريبير وودوان ٧

فقرة ١٢٨٠ .

(٢) الوسيط جزء ٢ فقرة ٦٣٦ .

لأنه لا بد أن يجيب أولاً بأن الدين الذى يطالب به الدائن هو فى ذمته حقاً ، ولا يستطيع أن يضيف إلى هذه الإجابة أن له أيضاً ديناً فى ذمة الدائن ، وقمت به المقاصة . فكان يحكم عليه أولاً بالدين الذى لدائنه فى ذمته ، وله بعد ذلك أن يرفع دعوى مستقلة على دائنه يطالبه فيها بالدين الذى له فى ذمته . ولا يجوز أن يتقدم بهذه الدعوى كدعوى فرعية فى الدعوى الأولى التى رفعها الدائن ، لأن مبدأ وحدة الدعوى كان يحول دون ذلك . ثم أقر القانون الرومانى بعد ذلك استثناءات معينة من هذا المبدأ ، وانتهى الأمر إلى وضع قاعدة عامة هى إعطاء المدين الذى له دين فى ذمة دائنه دفْعاً بالغش (exceptio doli) يدفع به دعوى الدائن إذا لم يجر المقاصة بين ما له وما عليه ، فكان المدين يتمكن بذلك من إجبار دائنه على إجراء المقاصة . ونرى من ذلك أن هناك أصلاً مشتركاً بين المقاصة والحق فى الحبس والدفع بعدم تنفيذ العقد هو الدفع بالغش . ثم تطور القانون الرومانى ، وفى عهد جوستينيان كانت المقاصة تجري بحكم القانون (ipso jure) ، ولكن ذلك لم يكن يعنى أن المقاصة كانت قانونية ، فقد بقيت مقاصة قضائية لا بد من التمسك بها أمام القضاء ويجوز للقاضى ألا يحكم بها إذا رأى أن البت فى الدين المقابل يستغرق وقتاً طويلاً وإجراءات معقدة . وإنما أريد بذلك أن التمسك بالمقاصة لم يعد يقتضى الدفع بالغش (١).

وانتقلت المقاصة إلى القانون الفرنسى القديم بعد تطور بطل طویل المدى ، وكانت مقاصة قضائية فى بعض الجهات وقانونية فى الجهات الأخرى . ثم تغلبت المقاصة القانونية التى تتم بمجرد تلاقى الدينين دون حاجة إلى حكم قضائى ، بل ودون علم الطرفين بوقوعها (٢) ، وذلك أخذاً بتفسير خاطئ للقانون الرومانى فى عهد جوستينيان حيث وردت عبارة (ipso jure) كما قلنا .

ومن القانون الفرنسى القديم انتقلت المقاصة القانونية على الوجه الذى بيناه إلى التقنين المدنى الفرنسى ، نتيجة لهذا الفهم الخاطئ للقانون الرومانى (٣) .

(١) بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٠٤ ص ١٣٦ - ص ١٣٧ .

(٢) پوتيه فى الالتزامات ص ٦٢٠ .

(٣) بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٠٤ ص ١٤٣ - ص ١٤٤ باج ٣ فقرة ٦١٦ .

٥٢٨ — المقاصة في التقنيات الموثنية وفي التقنيات الجرمانية :

وهكذا انتقلت المقاصة من القانون الروماني ، حيث كانت مقاصة قضائية ، إلى التقنيات اللاتينية مقاصة قانونية .

وهناك فرقان جوهرى بين المقاصة القانونية والمقاصة القضائية : (١) فالمقاصة القانونية تم كما قدمنا بتلاقى الدينين المتقابلين ، فينقضيان معاً بمجرد هذا التلاقى وبحكم القانون . ولا يملك القاضى إلا أن يقضى بالمقاصة بمجرد توافر شروطها ، دون أن يكون له الحق في رفضها بدعوى أن التحقق من الدين المقابل يقتضى وقتاً وإجراءات طويلة . بل عليه أن يتحقق من وقوع المقاصة مهما طالت الإجراءات ، فإذا تحقق من ذلك وجب أن يقضى بها . أما المقاصة القضائية فلا تم بتلاقى الدينين المتقابلين ، بل هي لا تقع إلا إذا صدر حكم القاضى بها . فلا بد إذن من أن يتمسك بها الخصم أمام القضاء ، وللقاضى أن يرفض الحكم بها إذا رأى أن البت في الدين المقابل يقتضى وقتاً وإجراءات طويلة . بل وله حق التقدير في أن يقضى بها أو لا يقضى ، فقد يستصوب عدم القضاء بها بالرغم من تحقق شروطها ، تاركاً لذى الشأن أن يرفع دعوى مستقلة بالحق الذى له . (٢) المقاصة القانونية تقتضى شروطاً معينة يجب توافرها جميعاً حتى تقع بحكم اتانون ، فإذا ما توافرت هذه الشروط وقعت ولا مناص من وقوعها ، وإذا تخلف شرط مهما كان شأنه لم تقع . أما المقاصة القضائية فأكثر مرونة ، إذ هي موكولة إلى تقدير القاضى ، فقد لا يقضى بها مع توافر شروطها ، كما قدمنا ، وقد يقضى بها مع تخلف بعض الشروط .

أما التقنيات الجرمانية — كتقنين الالتزامات السويسرى (١) والتقنين الألمانى (٢)

(١) وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ١٣٨ من تقنين الالتزامات السويسرى على ما يأتى : « لا تقع المقاصة إلا إذا أعلن الدين الدائن بنيت في التمسك بها ، فيقضى الدينان عندئذ بمقتضى الأقل منهما ومن اللحظة التي كان فيها الدينان صالحين للمقاصة » .

(٢) وقد نصت المادة ٣٨٧ من التقنين المدنى الألمانى على ما يأتى : « إذا كان شخصان مدينين ، كل منهما للآخر ، بدين من جنس واحد ، جاز لكل منهما أن يقاس حقه في الحق الذى للآخر ، من الوقت الذى يستطيع أن يطالب فيه بحقه وأن يؤدى الحق الذى عليه » .

ونصت المادة ٣٨٨ على ما يأتى : « تم المقاصة بإعلان عن الإرادة يوجه للطرف الآخر » =

والتقنين الياباني (١) - فلم تأخذ لا بالمقاصة القانونية التي أخذ بها التقنين المدني الفرنسي ، ولا بالمقاصة القضائية التي كان يأخذ بها القانون الروماني . بل جمعت المقاصة رهينة باعلان عن الإرادة (déclaration de volonté) يصدر من أحد الطرفين للآخر ، فتقع المقاصة بموجب هذه الإرادة المنفردة متى كانت شروط المقاصة متوافرة . وتعتبر المقاصة قد وقعت بأثر رجعي من وقت توافر هذه الشروط ، لا من وقت الإعلان عن الإرادة ، دون أن يكون للقاضي حق التقدير . فالمقاصة على هذا الوجه ليست قانونية ، لأنها لا تقع بحكم القانون بل باعلان عن الإرادة . وليست قضائية ، لأن التمسك بها أمام القضاء ليس ضرورياً بل يصح أن يصدر هذا الإعلان خارج القضاء ، ثم إن القاضي لا يملك إلا الحكم بها متى توافرت شروطها وليس له حق التقدير . ومن ثم تصبح المقاصة في التقنينات الجرمانية تصرفاً قانونياً صادراً من جانب واحد (٢) ، ولهذا التصرف أثر رجعي يستند إلى وقت تلاقى الدينين متوافرة فيهما شروط المقاصة . وهذا الأثر الرجعي في التقنينات الجرمانية يقربها كثيراً من المقاصة القانونية في التقنينات اللاتينية ، ففي النظامين تم المقاصة وينقضى الدينان من وقت تلاقيهما .

على أنه لا تزال هناك فروق بين النظامين . ففي النظام اللاتيني تنص المادة ١٢٩٠ من التقنين المدني الفرنسي على أن « المقاصة تتم من تلقاء نفسها وبحكم القانون ، ولو بغير علم المدينين . فينتقض الدينان على وجه التقابل ، في اللحظة

« ولا تصح إذا حلت على شرط أو أضيفت إلى أجل » . ونصت المادة ٣٨٩ على ما يأتي : « يقترب على المقاصة أن الحقين ، بالمقدار الذي يتماثلان فيه ، يعتبران منقضين من وقت تواجدهما أحدهما تجاه الآخر صالحين للمقاصة » .

(١) وقد نصت المادة ٥٠٦ من التقنين المدني الياباني على ما يأتي : « ١ - تم المقاصة بإعلان عن الإرادة يوجه إلى الطرف الآخر . ولا يجوز مع ذلك أن يملق هذا الإعلان على شرط أو يقترب بأجل . ٢ - والإعلان عن الإرادة المذكور في الفقرة السابقة يستند إلى الوقت الذي كان فيه الدينان صالحين للمقاصة على وجه التقابل » .

(٢) أنظر التطبيقات على التقنين المدني الألماني جزء أول م ٢٨٨ .

التي يتلاقيان فيها ، في حدود ما يتبادل من مقدار كل دين (١) . ويتبين من ذلك أن المقاصة القانونية في التقينات اللاتينية تختلف عن المقاصة في التقينات الجرمانية من الوجوه الآتية :

أولاً — تقع المقاصة القانونية من تلقاء نفسها وبحكم القانون ، ولو دون علم أحد من الطرفين . وإذا كان أحدهما قد تمسك بالمقاصة ، فهذا التمسك لا يجعلها نثم ، إذ هي قدمت قبل ذلك . وإنما هو يتمسك بواقعة ترتب عليها أثرها ، كما لو كان يتمسك بالوفاء أو بأى سبب آخر من أسباب انقضاء الالتزام (٢) . أما المقاصة في التقينات الجرمانية فلا تقع من تلقاء نفسها بحكم القانون ، وإنما تقع باعلان عن الإرادة يوجه إلى الطرف الآخر كما تقدم القول ، فهي إذن لا يمكن ان تقع دون علم من الطرفين . وإذا لم يعلن أحد من الطرفين إرادته في إجراء المقاصة ، فالمقاصة لا تقع ، ولا يستطيع القاضى أن يجبرها بنفسه ، ويتقاضى كل من الطرفين الدين الذى له من الآخر .

ثانياً — إذا كانت المقاصة تستند في كل من النظامين إلى وقت تلاقى الدينين ، إلا أن ذلك لا يمنع من أن اعلان الإرادة في التقينات الجرمانية إجراء لا بد منه في المقاصة وله أثره البالغ . ذلك أنه يجب ، في التقينات الجرمانية ، أن تكون شروط المقاصة متوافرة إلى وقت اعلان الإرادة . فإذا كانت هذه الشروط متوافرة عند تلاقى الدينين ، ثم تخلف شرط منها عند اعلان الإرادة ، فإن الأثر الرجعى لا يفيد ، ولا يمكن اعلان الإرادة في إجراء المقاصة إلا إذا كانت شروطها متوافرة وقت الإعلان . وهذا بخلاف المقاصة القانونية ، فإنها تقع بمجرد تلاقى الدينين متوافرة فيهما الشروط ، حتى لو تخلف أحد هذه الشروط عند التمسك بها . ونورد مثلاً : دفع أحد الطرفين دينه بعد أن تلاقى الدينان

(١) وهذا هو النص فى أصله الفرنسى : Art. 1290 : La compensation s'opère de plein droit par la seule force de la loi, même à l'insu des débiteurs; les deux dettes s'éteignent à l'instant où elles se trouvent exister à la fois, jusqu'à concurrence de leurs quotités respectives.

(٢) وهذا ما كان يقوله بوتييه فى عهد القانون الفرنسى القديم : بوتييه فى الالتزامات
ظفره ٦٣٥ .

متوافرة فيهما شروط المقاصة ، وهو مجهل ذلك . ففي النظام الجرماني ، إذا كان هذا الدفع سابقاً على إعلان الإرادة ، لم يجوز صدور الإعلان بعد ذلك ، لأن المقاصة وقت الدفع لم تكن قد وقعت ، فوقع الدفع صحيحاً عن دين قائم لم ينقضى بالمقاصة . ولا يبق للطرف الذي دفع الدين الذي عليه إلا أن يتقاضى من الطرف الآخر الدين الذي له . أما في النظام اللاتيني ، فبمجرد تلاقى الدينين متوافرة فيهما الشروط تقع المقاصة دون حاجة إلى إعلان ، فإذا دفع أحد الطرفين دينه بعد ذلك فقد دفع ديناً انقضى بالمقاصة ، وله أن يسترد ما دفعه للطرف الآخر بموجب قواعد استرداد غير المستحق ، لا أن يطالب الطرف الآخر بالدين الذي له كما هو الأمر في النظام الجرماني . وهذا ما لم يكن قد نزل عن المقاصة ، فله في هذه الحالة أن يطالب الطرف الآخر بالدين الذي له (١) .

ثالثاً - إذا كان أحد الدينين قد سقط بالتقادم وقت إعلان الإرادة ، فقد كان ينبغي في التقنينات الجرمانية ألا يجوز صدور هذا الإعلان ، حتى لو كان الدين لم يسقط بالتقادم عند تلاقيه بالدين المقابل ، لأن أحد شروط المقاصة قد تخلف وقت الإعلان . أما في التقنينات اللاتينية ، فانه بمجرد تلاقى الدينين ينقضيان بالمقاصة ، حتى لو أن أحدهما كان قد انقضت مدة التقادم بالنسبة إليه وقت التمسك بالمقاصة . ومن الغريب أن التقنين الألماني قد أورد في المادة ٣٩٠ حكماً في هذه المسألة يخالف منطق التقنينات الجرمانية ويتفق مع منطق التقنينات اللاتينية ، إذ تنص هذه المادة على ما يأتي : « لا يمنع التقادم من قوع المقاصة إذا كان الحق الذي تم تقادمه لم يكن قد انقضى بالتقادم وقت إن كانت المقاصة ممكنة بينه وبين الحق الآخر (٢) » . وقد أورد التقنين المدني

(١) انظر المادة ١٢٩٩ من التقنين المدني الفرنسي . وانظر التطبيقات على التقنين المدني الألماني جزء أول م ٣٨٧ فقرة ثانية وم ٣٨٩ فقرة ثانية .

(٢) انظر التطبيقات على التقنين المدني الألماني جزء أول م ٣٨٩ فقرة ثانية . ويملل الفقه الألماني هذا الخروج عن منطق التقنين الألماني باحتيارات محلية ، فإن الدائن الذي يصبح مديناً لديه يعتبر نفسه عادة قد استوفى حقه ، فلا يمتنع بعد ذلك أن يقطع سريان التقادم بالنسبة إلى حقه مادام قد استوفاه . فإذا سقط حقه بالتقادم قبل أن يعلن إرادته في إجراء المقاصة ، لم يعامل بمقتضى منطق القانون فيضيق عليه حقه ويجبر على الوفاء بدينه ، بل يعامل بمقتضى التصرف للأولوف بين الناس فيملز في سكوته من قطع التقادم قبل إعلانه إرادته في إجراء المقاصة (التطبيقات على التقنين المدني الألماني جزء أول م ٣٩٠ فقرة رابعة) .

المصري الجديد هذا الحكم في المادة ٣٦٦ ، إذ تنص على أنه « إذا كان الدين قد مضى عليه مدة التقادم وقت التمسك بالمقاصة ، فلا يمنع ذلك من وقوع المقاصة به رغم التمسك بالتقادم ، ما دامت هذه المدة لم تكن قد تمت في الوقت الذي أصبحت فيه المقاصة ممكنة » . ولكن ورود هذا الحكم في التقنين المدني المصري الجديد يتفق مع منطوق هذا التقنين ، فقد أخذ بالمقاصة القانونية المعروفة في التقنينات اللاتينية كما سنرى .

رابعا - لما كانت المقاصة في التقنينات الجرمانية لا تنفع إلا بإعلان الإرادة ، وجب أن يكون من أعلن إرادته في إجراء المقاصة أهلا لوفاء الدين ولاستيفائه ، لأن التصرف القانوني الذي صدر منه هو وفاء لدينه واستيفاء لحقه . أما في التقنينات اللاتينية ، فالمقاصة تقضى الدين بمجرد تلاقيهما ، وذلك بحكم القانون ودون حاجة إلى إعلان عن الإرادة . فالمقاصة في هذه التقنينات واقعة مادية وليست تصرفاً قانونياً ، ومن ثم لا تشترط أية أهلية في أي من الطرفين ، بل تقع المقاصة بحكم القانون في دينين متقابلين ، حتى لو كان كل من المدينين غير مميز (١) .

خامسا - في حوالة الدين ، هل يجوز للمدين الجديد أن يتمسك بمقاصة بين الدائن والمدين القديم ؟ إذا أخذنا بالنظرية الجرمانية ، لم يجوز ذلك ، لأن المقاصة لا تتم إلا بإعلان عن الإرادة ، والمفروض أن المدين القديم لم يصدر منه هذا الإعلان فلم تقع المقاصة ، فانتقل الدين قائماً إلى المدين الجديد ، فليس لهذا أن يدفع بمقاصة لم تقع . وهذا ما نصت عليه صراحة المادة ٤١٧ من التقنين المدني الألماني ، إذ تقول : « لا يجوز للمحال عليه أن يتمسك بمقاصة مع حق للمدين السابق (٢) » . أما إذا أخذنا بالنظرية اللاتينية ، وجب القول بأن المقاصة قد

(١) لوران ١٨٨٢ - بيدان ولاجارد ٩ فقرة ١٠٤٩ ص ١٢١ - دي باج ٣ فقرة ٦١٨ ص ٥٩٣ .

(٢) وهذا بخلاف حوالة الحق في التقنين المدني الألماني ، فقد نصت المادة ٤٠٦ من هذا التقنين حل ما يأتي : « يجوز للمدين أيضاً أن يتمسك تجاه الدائن الجديد بمقاصة في حق له في ذمة الدائن السابق ... » والسبب في هذا الخلاف أن المدين في حوالة الحق قد يفاجأ بهذه الحوالة قبل أن يعلن إرادته في إجراء المقاصة بين الحق المحال وحق له في ذمة المهيمل ، فلم يرد القانون أن =

وقعت بين دين المدين القديم ودين الدائن منذ تلاقيهما ، فالدين يكون إذن قد انقضى بالمقاصة قبل حوائته ، وللمدين الجديد أن يتمسك بهذه المقاصة قبل الدائن (١) .

هذا وقد اختار التقنين المدني المصري في المقاصة النظام اللاتيني ، جرياً على تقاليد ، فأخذ بالمقاصة القانونية كما هي معروفة في التقنين المدني الفرنسي . وإذا كان قد نص في الفقرة الأولى من المادة ٣٦٥ مدني على ألا تقع المقاصة إلا إذا تمسك بها من له مصلحة فيها ، فسرى أن المقصود بهذا النص أن ينتفى عن المقاصة أنها من النظام العام ، فلا يصح للقاضي أن يقضى بها من تلقاء نفسه ، بل لا بد أن يتمسك بها ذو المصلحة فيها .

— يحرمه من إعلان إرادته في إجراء المقاصة حتى يمد الحوالة . أما في حوالة الدين ، فالدينان القديم والجديد ، باتفاقهما على الحوالة قبل إجراء المقاصة ، قد جملا المقاصة مستحيلة باختيارهما (انظر التعليقات على التقنين المدني الألماني جزء أول م ٤١٧ فقرة ٢) . انظر في هذه المسألة المادة ٣٦٨ من التقنين المدني المصري والمادة ١٢٩٥ من التقنين المدني الفرنسي . وانظر آنفاً فقرة ٣٣٥ في المسامش .

(١) انظر آنفاً فقرة ٣٣٥ — وقد قلنا أن كلا من المدين الجديد والمدين القديم ، في التقنين المدني المصري ، يستطيع أن يتمسك بالمقاصة . وهذا ما لم تكن حوالة الدين قد انقضت باتفاق بينهما ، فإن هذا يدل على أن المدين القديم قد نزل عن المقاصة ولا يريد التمسك بها ، فعول الدين الذي في ذمته إلى المدين الجديد ليطالب بالدين الذي له في ذمة الدائن .

هذا وما قلناه من الفروق بين المقاصة في القوانين الجرمانية والمقاصة في القوانين اللاتينية ترجع كلها إلى أن المقاصة في القوانين الأولى تقع بإعلان عن الإرادة ، وتقع في القوانين الأخرى من تلقاء نفسها بحكم القانون . وهناك فروق ترجع إلى أن الفكرة الغالبة في المقاصة في القوانين الجرمانية هي فكرة الضمان ، وهي في القوانين اللاتينية فكرة الوفاء ، ونذكر منها فرقتين : (١) لا تشترط القوانين الجرمانية في وقوع المقاصة أن يكون الدينان خاليين من النزاع مستحق الأداء لأن فكرة الضمان لا تقتضي ذلك ، وتقتضيه فكرة الوفاء فكان شرطاً في القوانين اللاتينية . (٢) إذا أقس أحد المدينين قبل وقوع المقاصة ، امتنع وقوعها في القوانين اللاتينية ، لأن وفاء ديون المفلس تنقيد بشروط وإجراءات تتعارض مع وقوع المقاصة . أما في القوانين الجرمانية فالإفلاس لا يحول دون وقوع المقاصة ، بل إن فكرة الضمان تستمد وقوع المقاصة عند الإفلاس أكثر مما تستمد في الأحوال الأخرى (انظر في ذلك كولان وكايبطن ٢ لفرقة ٥٧٦) .

٥٢٩ — المقاصة القانونية والمقاصة القضائية والمقاصة الاختيارية :

رأبنا فيما تقدم أن هناك إلى جانب المقاصة القانونية مقاصة قضائية هي المقاصة التي كانت معروفة في القانون الروماني . ويوجد إلى جانب هذين النوعين من المقاصة ما يعرف بالمقاصة الاختيارية ، وهي مقاصة تتم بإرادة أحد الطرفين أو بإرادتهما معاً ، إذا نزل صاحب الشأن عن شرط من شروط المقاصة لم يتوافر مادام هذا الشرط مقررًا لمصلحته .

وأهم هذه الأنواع الثلاثة هي المقاصة القانونية ، وهي التي غنى المشرع ببسط أحكامها تحت عنوان « المقاصة » ، وقصد بهذا التعبير المقاصة القانونية دون غيرها . فنبداً ببحثها ، ثم نبحث بعد ذلك النوعين الآخرين : المقاصة الاختيارية والمقاصة القضائية .

الفرع الأول

المقاصة القانونية

(Compensation légale)

٥٣٠ — المسائل التي يتناولها البحث : نبحث في المقاصة القانونية —

وكثيراً ما نطلق فنقول المقاصة فينصرف اللفظ إلى المقاصة القانونية — موضوعين رئيسيين :

(أولاً) الشروط الواجب توافرها حتى تقع المقاصة .

(ثانياً) كيف يكون إعمال المقاصة ، وما هي الآثار التي تترتب عليها (١) .

(١) ولا يختلف التقنين المدني الجديد عن التقنين المدني السابق في أحكام المقاصة — عدا النص الوارد في التقنين الجديد قاضياً بوجود التمسك بالمقاصة — إلا في مسائل تفصيلية أشارت إليها المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد فيما يأتي : « وقد عمد المشرع ، فوق علاج هذه المسألة الكلية (وجوب التمسك بالمقاصة) ، إلى تدارك عيوب التقنين للراهن (السابق) ، ولا سيما فيما يتعلق بالقصاص في الديون المتنازعة أو الديون المستحقة الأداء في أمكنة مختلفة . ثم أنه جمع النصوص المنطوقة بالمقاصة جمعاً أدنى إلى العقل والمنطق . ونص كذلك على أن سقوط —

المبحث الأول

شروط المقاصة

٥٣١ - ما يدخل في الشروط ما لا يدخل - الربوه التي لا تقع

فيها المقاصة: يشترط ، حتى تقع المقاصة بين دينين متقابلين ، أن يكون محل كل منهما نقوداً أو مثليات متحدة في النوع والجهة ، وأن يكون الدينان صالحين للمطالبة بهما قضاء ، وأن يكونا خاليين من النزاع مستحقين الأداء . ولا يشترط أن يتحد مكان الوفاء ، كما لا يشترط اتحاد مصدر الدينين .

وتقع المقاصة في الديون أياً كان مصدرها ، إلا في ديون معينة لا تقع فيها المقاصة نظراً لاعتبار خاص فيها .

فنبحث : (أولاً) ما يدخل في الشروط وما لا يدخل (ثانياً) الديون التي لا تقع فيها المقاصة .

المطلب الأول

ما يدخل في الشروط وما لا يدخل

١٩ - ما يدخل في الشروط

٥٣٢ - النصوص القانونية : تنص المادة ٣٦٢ من التقنين المدني

على ما يأتي :

١ - للمدين حق المقاصة بين ما هو مستحق عليه لدائته وما هو مستحق له

= الدين بالتضام لا يحول دون وقوع المقاصة ما دام هذا السقوط لم يكن قد تم في الوقت الذي أصبح فيه القصاص ممكناً ، وليس هذا الحكم إلا نتيجة منطقية لقاعدة استناد أثر المقاصة إلى وقت توافر شروط القصاص في الدينين ، (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٦٦ - ص ٢٦٧) . وانظر في التقنين المدني السابق الموجز للمؤلف لفقرة ٥٨٣ - فقرة ٥٩٣ .

قبل هذا الدائن ولو اختلف سبب الدينين ، إذا كان موضوع كل منهما نقوداً أو مثليات متحدة في النوع والجودة ، وكان كل منهما خالياً من النزاع ، مستحق الأداء ، صالحاً للمطالبة به قضاء .

٢ - ولا يمنع المقاصة أن يتأخر ميعاد الوفاء لمهلة منحها القاضى أو تبرع بها الدائن (١) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادتين ١٩٢/٢٥٦ و ١٩٤/٢٥٨ (٢) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٣٦٠ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٤٩ - وفي التقنين المدني العراقي المادتين ٤٠٨ - ٤٠٩ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المواد ٣٢٨ - ٣٣٠ (٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٤٩٩ من المشروع التمهيدى حل وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا بعض فروق لفظية بسيطة . ووافقت لجنة المراجعة حل النص مع تعديل لفظى طفيف ، تحت رقم ٣٧٤ في المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ استبدلت كلمة « النوع » بكلمة « الجنس » لأنها أخص من الجنس ، وأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني ، ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته بلجته تحت رقم ٣٦٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٦٨ و ص ٢٧٠) .

(٢) التقنين المدني السابق : م ٢٥٦/١٩٢ : المقاصة هي نوع من وفاء الدين يحصل حيناً يكون علم المتعاملين إذا كان كل منهما دائناً ومديناً للآخر .

م ٢٥٨/١٩٤ : لا تقع المقاصة إلا إذا كان الدينان خاليين من النزاع ومستحق الطلب ، وكانا من النقود أو من أشياء من جنس واحد يقوم بعضها مقام بعض بالنسبة لنوعها وقيمتها ، وبشرط أن يكونا واجبي الأداء في مكان واحد .

(والأحكام منقطة في التقنينين القديم والجديد ، فيما عدا وجوب الأداء في مكان واحد فقد كان شرطاً في المقاصة في التقنين السابق ، وهو في التقنين الجديد ليس بشرط كما سنرى — انظر مع ذلك في وحدة مكان الوفاء في التقنين السابق وكيف قسرت بما يتفق مع التقنين الجديد : الموجز للدولف فقرة ٥٨٩ — والتون ٢ ص ٥٢١ — ص ٥٢٢ — الأستاذ أحمد حشمت أبوسيت ص ٢٦٥ هامش رقم ١) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٣٦٠ (مطابقة المادة ٣٦٢ من التقنين المدني المصرى) .

ويخلص من النص المتقدم الذكر أن هناك شروطاً خمسة يجب توافرها حتى تقع المقاصة بين دينين : (١) التقابل ما بين الدينين (٢) التماثل في المحل ما بين الدينين (٣) صلاحية كل من الدينين للمطالبة به قضاء (٤) خلو الدينين من النزاع (٥) استحقاق الدينين للأداء (١). ونضيف شرطاً سادساً هو أن يكون كل من الدينين قابلاً للحجز عليه ، وهو شرط يؤخذ من الحالات الواردة في المادة ٣٦٤ مدني ، حيث تقرر هذه المادة أن المقاصة لا تقع ، إذا كان أحد الدينين حقاً غير قابل للحجز . ولما كان الاعتبار الذي امتنعت من أجله المقاصة هنا يرجع إلى طبيعة الدين لا إلى مصدره ، فيحسن جعل هذه الحالة ضمن شروط المقاصة ، وانتزاعها من الحالات الأخرى التي ترجع إلى مصدر الدين لا إلى طبيعته .

ونبحث هذه الشروط الستة تباعاً .

== التقنين المدني الليبي م ٣٤٩ (مطابقة لمادة ٣٦٢ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٤٠٨ : المقاصة هي إسقاط دين مطلوب لشخص من غريمه في مقابلة دين مطلوب من ذلك الشخص لغريمه .

م ٤٠٩ : ١ — المقاصة إما جبرية تحصل بقوة القانون ، أو اختيارية تحصل بتراضي المتدينين . ٢ — ويشترط لحصول المقاصة الجبرية اتحاد الدينين جنساً ووصفاً وحلولاً وقوة وعضواً ، ولا يشترط ذلك في المقاصة الاختيارية . فإن كان الدينان من جنسين مختلفين أو متفاوتين في الوصف أو مؤجلين أو أحدهما حالا والآخر مؤجلاً أو أحدهما قوياً والآخر ضعيفاً ، فلا يلتقيان قصاصاً إلا بتراضي المتدينين ، سواء اتحد سببهما أو اختلف .

(والمحكم متفق مع حكم التقنين المصري : أنظر الأستاذ حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني فقرة ٣٥١ — فقرة ٣٥٥) .

تقنين الموجبات والمقود البتاني م ٣٢٨ : إذا وجد شخصان وكل منهما دائن ومدينون للآخر ، حق لكل واحد منهما أن يقاض الآخر بماله قبله كل قدر المبلغ الأدنى من الدينين .

م ٣٢٩ : لا تجرى المقاصة إلا بين الدينين التي يكون موضوعها نقوداً أو أشياء ذات نوع واحد من المثلثات .

م ٣٣٠ : لا يدخل في المقاصة إلا الدينون الحرة والمستحقة الأداء . حل أن المهلة المنسوخة من القاض لا تحول دون المقاصة . وليس من الضرورة أن يكون الدينان واجبي الأداء في مكان واحد . حل أن الأحوال التي تحول دون الإيفاء تحول مبدئياً دون المقاصة .

(وعلمه الأحكام منقطة مع أحكام التقنين المصري) .

(١) المأكرة الإيضاحية للشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٧٣ .

٥٣٣ - الشرط الاول - التقابل ما بين الربيع : يجب لوقوع

المقاصة أن يكون هناك دينان متقابلان (réciproques) ، أى أن يكون كل من طرفي المقاصة مدينًا بشخصه للآخر وفي الوقت ذاته دائئًا بشخصه له . فيقابل الدينان ، ويتقضيان بالمقاصة . فاذا كان (١) قد أقرض (ب) ألفاً ، ثم اشترى منه سيارة بألف ، وقعت المقاصة بين مبلغ القرض وثمان السيارة .

ويترب على ذلك أنه لا يكون هناك محل للمقاصة إذا كان أحد الطرفين مدينًا للآخر بصفته الشخصية ودائئًا له بصفته ولياً أو وصياً أو قياً أو وكيلًا أو وارثاً ، أو كان الأمر على العكس من ذلك (١) . ولا تقع المقاصة بين دين الشركة في ذمة أجنبي ودين لهذا الأجنبي في ذمة أحد الشركاء ، إذ الأجنبي مدين للشركة ودائن لأحد الشركاء والشركة غير أحد الشركاء فيها (٢) . ولا تقع المقاصة بين دين للدائن في ذمة المدين ودين لكفيل غير متضامن في ذمة الدائن ، إذ الدينان هنا غير متقابلين ، فأحدهما في ذمة المدين للدائن والآخر في ذمة الدائن للكفيل لا للمدين (٣) . ولكن الكفيل يستطيع أن يتمسك بالمقاصة بين الدين الذي كفله ودين للمدين في ذمة الدائن ، لأن مديونية تابعة

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يجوز المقاصة في دين على الوصي شخصياً لمدين القاصر المضمول بوصايته ، ولا في دين على القاصر لمدين الوصي عليه ، ولا في دين مستحق على الدائن لموكل المدين أو لكفيله ، ولا فيما لمدين شركة قبل أحد الشركاء المساهمين ، ولا فيما لمدين شركة قبل أحد الورثة ، ولا فيما لأحد الورثة قبل أحد دائئي الشركة (نقض مدني ٢٢ أكتوبر سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٧٩ ص ١١٦٧ - انظر قريباً من هذا المعنى : نقض مدني ١٥ يناير سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٦٠ ص ٥٢٣) .

(٢) نقض مدني ٢٢ أكتوبر سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٧٩ ص ١١٦٧ - استئناف مخطوط ١٣ مارس سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ١٨٥ - ٢٠ أبريل سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٢٧٥ - بودري وبارد ٣ فقرة ١٨١١ .

(٣) ولكن يجوز لكفيل إذا طالبه الدائن أن يتمسك بالمقاصة في دين له على الدائن ، إذ هو يدين بالمدين المكفول عن طريق المقاصة ، ولكن المقاصة هنا اختيارية لا قانونية ، فلا يتقضى الدينان إلا من وقت يتمسك بالمقاصة . ولا يجوز للدائن أن يرجع على المدين بعد ذلك فقد استوفى حقه من الكفيل ، وإذا رجع جاز للمدين أن يدفع رجوعه بالمقاصة التي تمسك بها الكفيل . وإنما يرجع لكفيل على المدين ، بعد أن وفي دينه عن طريق المقاصة (بودري وبارد ٣ فقرة ١٨١٤) .

لمديونية المدين ، فإذا تخلص المدين من مديونته عن طريق المقاصة تخلص الكفيل تبعاً لذلك (١). ولا تقع المقاصة بين ثمن الأوراق المالية التي اشتراها شخص في البورصة بواسطة الوكيل بالعمولة وبين دين المشتري في ذمة البائع لهذه الأوراق ، وذلك لأن الوكيل بالعمولة يتوسط بين البائع والمشتري ، فيكون هو الدائن بالثمن وليس البائع ، فلا يكونان الدينان متقابلين (٢). ولا تجوز المقاصة في دين على الوقف لمدين المستحق فيه ، ولا في دين على المستحق في الوقف لمدين الوقف (٣).

ومنى وجد دينان متقابلان لشخصين كلاهما دائن للآخر ومدين له ،

(١) وقد نصت المادة ١٢٩٤ من التقنين المدني الفرنسي على هذه الأحكام صراحة إذ تقول : « يجوز الكفيل أن يتمسك بالمقاصة في دين على الدائن المدين الأصل ، ولكن لا يجوز المدين الأصل أن يتمسك بالمقاصة في دين على الدائن الكفيل » . وهذا هو النص في أصله الفرنسي : Art. 1294 : La caution peut opposer la compensation de ce que le créancier doit au débiteur principal. Mais le débiteur principal ne peut opposer la compensation de ce que le créancier doit à la caution.

(٢) قارب استئناف مخطط ٤ فبراير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٣٢ — بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨١٩ .

(٣) استئناف مخطط ٢٨ فبراير سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٩٦ — على أنه قد قضى بوقوع المقاصة في دين لوقف على دائن المستحق الوحيد فيه (استئناف مخطط ٥ ديسمبر سنة ١٩٤٥ م ٥٨ ص ١٤) .

ولا تجوز المقاصة بين دين للموكل ودين على الوكيل بقبض الدين الأول (استئناف مخطط ٢٥ نوفمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٣٥) . وإذا اشترط البائع على المشتري دفع الثمن قبل ، أصبح المشتري مديناً لهذا الغير بالثمن ، فلا يستطيع أن يقاض الثمن بدين له في ذمة البائع (استئناف مخطط ٩ يونيو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٥٣٦) . ولا مقاصة بين دين لدائن ودين لأجنبي على هذا الدائن (استئناف مخطط ١١ فبراير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٣٦) ، ولكن يستطيع الأجنبي أن يقبل حوالة الدين الذي للدائن برضا هذا الدائن ، فيصبح مديناً للدائن ودائناً له ، فتقع المقاصة . ولا يستطيع الدائن الظاهر أن يتمسك بالمقاصة بين الدين الظاهر الذي له على المدين ودين للمدين في ذمة (دى باج ٣ فقرة ٦٣١) . وإذا لم يصبح المدين دائناً لدائنه إلا بعد أن حول دائنه الحق الذي له في ذمة المدين ، لم تجز المقاصة بين الدينين ، لأن المدين قد أصبح بالحوالة مديناً للمحال له ثم صار دائناً للدائن ، فلا تقابل بين الدينين (بلانيسول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٨٤ ص ٦٨٧) . انظر أمثلة أخرى : استئناف مخطط ٩ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٩٠ — ٢ مايو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٤٢٥ .

وقعت المقاصة بين الدينين (١) ، حتى لو كان أحد الطرفين أو كلاهما لم تتوافر فيه لا أهلية الوفاء ولا أهلية الاستيفاء (٢) . ذلك أن المقاصة واقعة مادية يرتب عليها القانون انقضاء الدينين . وليست تصرفاً قانونياً يتطلب أهلية معينة كما هو الأمر في القوانين الجرمانية على ما قلنا (٣) .

٥٣٤ - الشرط الثاني - التماثل في المحل ما بين الدينين : ويجب

أن يكون محل كل من الدينين نقوداً أو أشياء مثلية من نوع واحد ومن درجة واحدة في الجودة ، وذلك حتى يتمكن كل من الطرفين أن يستوفي حقه عن طريق المقاصة من نفس الشيء الواجب الأداء . فإذا كان لشيء على آخر مائة جنيه ، وعليه له مائة جنيه ، فإنه بذلك يستطيع أن يستوفي المائة التي له بالمائة التي عليه . ولما كان المحلان متماثلين ، فقد استوفى كل من الطرفين حقه

(١) حل أنه يلاحظ أن المقاصة لا تقع ، حتى لو كان الدينان متقابلين ، إذا تعلق بأحد الدينين حق النبر أقوى من حق الطرف الآخر . وسرى ذلك في حالة المجهز المصطفى (م ٣٦٧ مدني) وفي حالة قبول المدين لحوالة الحق (م ٣٦٨ مدني) فيما يأتي . ونذكر هنا ، تطبيقاً للقاعدة السابقة الذكر ، أنه إذا بيع مال المدين في الزاد وفاء لديونه ، فرسا المزاد على أحد الدائنين ، لم تقع المقاصة بين الدين الذي لهذا الدائن والدين الذي عليه ، لأن الدين قد تعلق به حقوق الدائنين الآخرين ، فيجب أن يقسم بينهم قسمة الغرماء . وهذا ما لم يكن للدائن الراس على المزاد وعن أو امتياز يجعله مقدماً حل سائر الدائنين ، فتقع المقاصة متتلة بين الدين الذي له والدين الذي عليه ، إذ لم يتعلق بالدين حق لدائنين أقوى من حقه ، بل حقه هو الأقوى : انظر في هذا المعنى استئناف مخطط ٢٣ أبريل سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٣٨ — ٢٨ مايو سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٥٠ — ١٠ ديسمبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ٥٣ — ١٠ يونيو سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٣٣٥ — ١٨ أبريل سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٣٣٣ — ٧ نوفمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ١٤ — ١٨ ديسمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ٩٢ — ١٨ فبراير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٢٤٨ — ١٧ نوفمبر سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٣٨ — ٢٩ أبريل سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٦١ — ٢٤ يونيو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٨٢ — ١٣ يناير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٤٧ — ٥ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٦٩ — وقارن بودي وبارد ٣ فقرة ١٨٢٠ — بلانول وديور ورودان ٧ فقرة ١٢٨٤ ص ٦٨٨ .

(٢) (أوبري ورو ٤ فقرة ٣٢٦ ص ٣٤٦ — بودي وبارد ٢ فقرة ١٨٢١ — لودان ١٨ .

فقرة ٣٨٢ — بيدان ولاجارد ٩ فقرة ١٠٤٩ ص ١٢١ — ص باج ٣ فقرة ٦١٨ ص ٥٩٣ .

(٣) انظر كلاً فقرة ٥٢٨ .

من نفس الشيء الواجب الأداء . ومن ثم تقع المقاصة بين دينين محل كل منهما قطن من نوع الكرنك ومن مرتبة « جودفير » ، أو قح هندي من صنف متوسط ، أو سيارات من ماركة بويك موديل سنة ١٩٥٧ ، وهكذا وتصح المقاصة كذلك في الأسهم والسندات وسائر الأوراق المالية ، إذا كانت متماثلة (١) .

ولا تجوز المقاصة في دينين محل أحدهما قطن من نوع الكرنك ومحل الآخر قطن من نوع الأشغوني ، ولا في دينين محل أحدهما قح هندي ومحل الآخر قح استرالي . ومن باب أولى لا تجوز المقاصة في دينين محل أحدهما قطن ومحل الآخر قح ، ولا في دينين محل أحدهما نقود ومحل الآخر قح أو قطن ، ولو كان سعر هذه المثليات محددًا في الأسواق أو في البورصات (٢) .

ولا تجوز المقاصة بداهة في دينين محل كل منهما محل أو امتناع عن عمل ، أو محل أحدهما محل ومحل الآخر امتناع عن عمل من باب أولى ، وذلك مهما تشابهت الأعمال ، وحتى لو لم يكن من الضروري أن يقوم المدين نفسه بالعمل الذي التزم به . فلا بد إذن لإمكان المقاصة أن يكون محل كل من الدينين التزامًا بنقل الملكية (obligation de donner) (٣) .

ولا تجوز المقاصة في دينين أحدهما بسيط والآخر تخيري أو بدلي ، حتى لو كان أحد محل الاختيار في الالتزام التخيري ، أو كان المحل الأصل أو البديل في الالتزام البديل ، مماثلة في النوع والجودة للمحل في الدين البسيط . ذلك لأنه إذا وقعت المقاصة هنا ، حرم في الالتزام التخيري صاحب الاختيار من حق اختياره ، أو حرم المدين في الالتزام البديل من أن يؤدي الأصل أو البديل (٤) .

(١) بلانويل وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٨٥ .

(٢) قانون الفقرة الثانية من المادة ١٢٩١ من التقنين المدني الفرنسي .

(٣) بلانويل وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٨٥ .

(٤) بودري وبارد ٣ فقرة ١٨٢٣ - فقرة ١٨٢٤ - أما إذا اخطأ صاحب الاختيار في الالتزام التخيري المحل الذي يؤديه ، أو اختار المدين في الالتزام البديل أن يؤدي الأصل أو أن يؤدي البديل ، وكان المحل الذي وقع عليه الاختيار مماثلة في النوع والجودة للمحل في الدين البسيط ، فإن المقاصة يمكن وقوعها حيثل بين الدينين .

٥٣٥ - الشرط الثالث - صعوبة كل من الدينين للمطالبة به

قضاء: ولا بد ، لوقوع المقاصة ، أن يكون كل من الدينين صالحاً للمطالبة به قضاء . فإذا كان أحد الدينين أو كلاهما غير صالح للمطالبة به قضاء ، لم تجز المقاصة . فالالتزام الطبيعي لا يقبل المقاصة في التزام مدني ، بل ولا في التزام طبيعي مثله ، لأن المقوم الرئيسي للالتزام الطبيعي هو أن المدين فيه لا يجبر على الوفاء ، والمقاصة وفاء إجباري للمدين ، فتعارض مع طبيعة الالتزام الطبيعي .

وإذا كان أحد الدينين قد مضت عليه مدة التقادم ، فإنه لا يصلح للمقاصة ، حتى قبل أن يتمسك المدين بالتقادم فيصبح التزاماً طبيعياً ، فإن الدين الذي مضت عليه مدة التقادم لا يصلح للمطالبة به قضاء ، لأنه قابل للدفع بالتقادم (١) . ولا يصلح الدين الذي مضت عليه مدة التقادم للمقاصة به في دين آخر ، حتى

= هذا ولا يمنع المقاصة أن يكون أحد الدينين أو كلاهما مصحوباً بشرط جزائي ، فإن الشرط الجزائي لا يغير من محل الالتزام ، بل هو مجرد تقدير لتعويض عند عدم الوفاء (بودري وهارد ٣ فقرة ١٨٢٥) .

(١) ويمكن استخلاص هذا الحكم بطريق المفهوم العكسي من المادة ٣٦٦ مدني ، إذ تنص على أنه « إذا كان الدين قد مضت عليه مدة التقادم وقت التمسك بالمقاصة ، فلا يمنع ذلك من وقوع المقاصة به رغم التمسك بالتقادم مادامت هذه المدة لم تكن قد تمت في الوقت الذي أصبحت فيه المقاصة ممكنة » . فيفهم من هذا النص ، بطريق عكسي ، إنه لو تمت مدة التقادم في الوقت الذي أصبحت فيه المقاصة ممكنة ، ولو قبل التمسك بالمقاصة ، فإن ذلك يمنع من التمسك بها . هذا إلى أن المقاصة وفاء إجباري ، والدين الذي مضت عليه مدة التقادم لا يجبر المدين على الوفاء به ، إذ يمكنه أن يتمسك بسقوطه بالتقادم .

وقد اشترط التفتين المدني المعصر في الدين أن يكون « صالحاً للمطالبة به قضاء » ، فدخل الدين الذي مضت عليه مدة التقادم قبل التمسك بالتقادم على ما رأينا ، لأنه دين غير صالح للمطالبة به قضاء . أما في التفتين المدني الفرنسي فلم يرد هذا الشرط ، ويدعجه الفقه الفرنسي عادة في شرط استحقاق الدين للأداء ، فالالتزام الطبيعي لا يصلح للمقاصة عند انقضاء القرنين لأنه دين غير مستحق الأداء (بودري وهارد ٣ فقرة ١٨٢٩) . ومن ثم وقع خلاف في الدين الذي مضت عليه مدة التقادم قبل التمسك بالتقادم ، هل يصلح المقاصة أو لا يصلح . فن انقضاء من يقول بصلاحيته (لاروسبيير ١٢٩١ م ٢٥ - ديمولوب ٢٨ فقرة ٥٤٤ - بودري وهارد ٣ فقرة ١٨٢٩ - دي باج ٣ فقرة ٦٢٦) ، ومنهم من يقول بعدم صلاحيته (دالكور ٢ فقرة ٥٨١ - ديراتون ١٢ فقرة ٤٠٨ - ماركايد ٤ فقرة ٨٢٦) .

لو كان هذا الدين الآخر هو نفسه قد مضت عليه مدة التقادم . بل الذى يقع فى مثل هذه الحالة أن كل ملين يتمسك بسقوط دينه بالتقادم ، فيسقط الدينان معاً ، ولكنهما يسقطان بالتقادم لا بالمقاصة . وما تخلف عن كل منهما من التزام طيعى لا يصلح للمقاصة فى الالتزام الطيعى الذى تخلف عن الالتزام الآخر ، لما سبق أن قدمناه من أن الالتزام الطيعى لا يقاس فى التزام طيعى مثله .

وقد وضع السبب الذى من أجله يشترط فى الدين ، ليكون صالحاً للمقاصة ، أن يكون صالحاً للمطالبة به قضاء . فالمقاصة وفاء إجبارى كما قدمنا ، والدين الذى لا يصلح للمطالبة به قضاء لا يجوز إجبار المدين على الوفاء به ، فتعارض طبيعته مع طبيعة المقاصة .

ولا يستخلص من هذا الشرط أنه إذا كان هناك دين أقوى من دين آخر ، لم تجز المقاصة بين هذين الدينين ، إذا كان المقصود بالدين الأقوى أن يكون أكثر توثيقاً أو أبعد مدى ونفاذاً من ناحية الواقع لا من ناحية الطبيعة القانونية . فالمقاصة تقع بين دينين أحدهما أقوى من الآخر بهذا المعنى ، ما دام الدينان صالحين للمطالبة بهما قضاء . فيقاس الدين المكفول بتأمينات فى دين لا تأمين له ، والدين الذى ينتج فائدة فى دين لا ينتجها ، والدين المشمول بسند قابل للتنفيذ كحكم أو ورقة رسمية فى دين غير مشمول بهذا السند (١) . أما إذا كان التفاوض فى القوة راجعاً إلى الطبيعة القانونية للدين ، كما رأينا فى الدين الطيعى والدين المدنى ، وكما سنرى فى الحق القابل للحجز والحق غير القابل له ، فإن المقاصة تصبح غير ممكنة .

(١) أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٢٦ ص ٣٤٦ - ونصح المقاصة فى دين قابل للإبطال أو قابل الفسخ - مادام لم يبطل أو يفسخ - ولو فى دين غير قابل لذلك ، ولا يرجع التفاوض فى القوة هنا إلى طبيعة الدين . فإذا ما أبطل الدين أو فسخ ، انتقضت المقاصة واعتبرت كأنها لم تكن (استئناف مغلط ١٠ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٥٩ - وانظر أيضاً أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٢٦ ص ٣٤٣ - بوهدى وبارد ٣ فقرة ١٨٢٨ وقرة ١٨١٠) .

٥٣٦ - الشرط الرابع - نماو الدين من النزاع : ويجب، لوقوع

المقاصة ، أن يكون كل من الدين خالياً من النزاع (liquide) . والمراد بخلو الدين من النزاع أمران : (أولاً) أن يكون هذا الدين حقاً لا شك في ثبوته في ذمة المدين . (ثانياً) أن يكون الدين معلوم المقدار .

ولا بد من اجتماع هذين الأمرين في كل من الدينين (١) ، لأن المقاصة تتضمن معنى الوفاء الإجباري، ولا يجبر المدين على دفع دين متنازع فيه أو دين غير معلوم المقدار (٢) .

١ - والدين لا يكون خالياً من النزاع إذا قامت فيه من المدين منازعة جدية . وقاضى الموضوع هو الذى يقدر ما إذا كانت المنازعة تعتبر جدية قائمة على أساس ليكون الدين متنازعا فيه ، أو هي محاكمة من المدين يريد بها وقف إجراء المقاصة وتقاضى الدين الذى له قبل الوفاء بالدين الذى عليه بزم أن هذا الدين متنازع فيه (٣) . وليس من الضروري، حتى يكون الدين متنازعا فيه أن ترفع به

(١) نقض مبنى ١٥ يونيو سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٥٢ ص ٤٢٢ - استئناف وطنى ٨ فبراير سنة ١٨٩٢ الحقوق ٦ ص ٤٠٩ - ٢١ أبريل سنة ١٩٠٤ الاستقلال ٣ ص ١٥٤ - استئناف مخطوط ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٨ م ٥١ ص ٦٣ - ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٣٩ م ٥٢ ص ٦٦ - ١٦ فبراير سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١٠٢ .

(٢) وفي للقوانين الجرمانية لا يشترط لإمكان وقوع المقاصة خلو الدين من النزاع ، لأن المعتبر في المقاصة في هذه القوانين هو معنى التأمين أكثر من معنى الوفاء ، ومعنى التأمين يبقى قائماً حتى لو كان الدين غير خال من النزاع . ويذكر سالي في هذا الصدد أن الوفاء الفعل بدين غير خال من النزاع هو الذى يكون غير مأمون المقابة ، فقد لا يكون الدين موجوداً ثم يتم حل المدين استرداده من الدائن . أما الوفاء بدين متنازع فيه من طريق المقاصة فليس فيه أى حرج ، وإذا تبين أن الدين غير موجود فليس في ذلك غير حل أحد ، إذ أن شيئاً لم يدفع فيبقى من تعدل استرداده (سالي : بحث في النظرية العامة للالتزام في مشروع التقنين المبنى الألمانى فقرة ٦٥ - وانظر رداً على ما يقوله سالي في بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٣١ ص ١٦٩) .

(٣) ولا يعتبر الدين متنازعا فيه حتى لو لم يقدم الدائن الدليل عليه في الحال ، ما دام يستطيع أن يقدم هذا الدليل في وقت مناسب دون طول إبطاء (لا روسير م ٥ ١٢٩١ فقرة ١٥ - ديولوب ٢٨ فقرة ٥١٧ - بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٣٢ ص ١٧٠ - ص ١٧١) . ولا يمتد بالتنازع إذا كان الأمر لا علاقة له بالمقاصة (نقض مبنى ٩ مارس سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٢ رقم ٤٩٣ ص ٩٩٨) .

دهوى أمام القضاء . بل يكفى أن تقوم فى شأنه منازعة جديده ولو خارج القضاء .

وكل دين غير محقق الوجود يكون فى حكم الدين المتنازع فيه ، إذ يجمع بين الاثنين معنى الشك فى وجود الدين . فالدين المعلق على شرط واقف هو دين غير محقق الوجود ، فلا تقع المقاصة بينه وبين دين آخر ، ولو كان هذا الدين الآخر هو أيضاً معلق على شرط واقف . ذلك أن أحد الدينين أو كليهما قد يوجد وقد لا يوجد ، والمقاصة تتضمن معنى الوفاء الإجبارى كما قدمنا ، ولا جبر فى وفاء دين معلق على شرط واقف قبل أن يتحقق الشرط (١) . أما الدين المعلق على شرط فاسخ فهو دين محقق الوجود وإن لم يكن محقق البقاء ، فتحقق المقاصة بينه وبين دين آخر ، فإذا ما تحقق الشرط الفاسخ زالت المقاصة وعاد الدين المقابل إلى الوجود بأثر رجعى (٢) .

ب- ولا يكفى أن يكون الدين محقق الوجود ، بل يجب أيضاً أن يكون معلوم المقدار . فالدين الذى لا يكون معلوم المقدار لا يصلح للمقاصة ، ومن ثم لا يجوز للمضروب فى عمل غير مشروع أن يقاس حقه فى التعويض قبل تقديره فى دين عليه للمسئول (٣) . ولا يعتبر الدين معلوم المقدار إذا كان تعيين مقداره يتوقف على تسوية معقدة (٤) ، أو على تقدير خبير ،

= وإذا صدر حكم بالدين ، وكان الحكم غير نهائى ، بقى الدين متنازماً فيه . فإذا أصبح الحكم نهائياً ، صار الدين خالياً من النزاع . وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن الدين الثابت مقتضى حكم نهائى يكون خالياً من النزاع (١١ أكتوبر سنة ١٨٨٧ الحقوق ٢ ص ٣١٧) . وقضت محكمة سوهاج بأنه لا تجوز مقاصة دين بحكم نهائى فى دين بحكم ابتدائى ، لاحتال إلغاء الحكم الابتدائى أو تعديله (١٨ مارس سنة ١٨٩٩ الحقوق ١٤ ص ١٠٠) .

(١) بودى وبارد ٣ فقرة ١٨٢٢ ص ١٦٩ — استئناف مختلط ١٣ ديسمبر سنة ١٩٠٦ م ١٩ ص ٣٦ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٣٥ فى الهامش .

(٣) ولكن إذا كان المسئول نفسه هو الذى يتمسك بالمقاصة ، فليس للمضروب أن يتمسك بعدم وقوعها بسبب عدم تقدير حقه (استئناف مختلط ١٤ مايو سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ١٤٢) . ولكن المقاصة هنا تكون اختيارية أو قضائية ، ولا تكون مقاصة قانونية .

(٤) كما يقع أحياناً فى تصفية شركة أو تصفية تركة أو تصفية حسابات الأوصياء (بلائيول وروبير ورومان ٧ فقرة ١٢٨٦ ص ٦٩١ وعلش رقم ٣) .

ولا يصح معلوم المقدار إلا بعد إجراء التسوية أو بعد الحكم في تقدير الخبير (١).

(١) وقضت محكمة استئناف مصر بأن المقاصة القانونية لا تكون إلا حيث يخلو المبلغان المتخاص بينهما من كل نزاع يتعلق بأصلهما وتصفيتهما (٢٢ يونيو سنة ١٩٣١ الجريدة القضائية ٩٦ ص ١٥). فلا يمكن عمل المقاصة بين دين ثابت بكيفية واجبة الدفع عند الطلب وبين ثمن أقطان مدعى بتوريدها إذا كانت قيمتها متنازعا منها (استئناف ٤ ديسمبر سنة ١٩٢٢ المجموعة الرسمية ٢٥ رقم ٤٢ ص ٧٢)، ولا المصروفات القضائية إذا كانت غير مقررة (عابدين ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٠٢ الحقوق ١٧ ص ٢٧٦). وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الدين غير الحال من النزاع لا تجوز فيه المقاصة (٦ يونيو سنة ١٨٨٩ م ١ ص ١٦٨)، ولا تجوز مقاصة أجرة ثابتة في دين متنازع فيه (١٣ نوفمبر سنة ١٨٨٩ م ٢ ص ٦)، ولا دين ثابت في دين لا يزال في حاجة إلى حكم لتصفيته (٥ مارس سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣٤٢)، ولا أجرة ثابتة في تعويض لم يقدر من عجز مدعى في الأرض المؤجرة (٢٨ مايو سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٢٦٧)، ولا دين ثابت في دين لا يزال أمام القضاء (٥ فبراير سنة ١٨٩١ م ٣ ص ١٨٠ - ٧ ديسمبر سنة ١٨٩٢ م ٥ ص ٤٤ - ٢٢ نوفمبر سنة ١٨٩٤ م ٧ ص ٢١)، ولا دين ثابت في تعويض لم يقدر بعد، ومن باب أول في دينين متقابلين لا يزالان أمام القضاء (٣٠ يناير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢١٣)، ولا دين ثابت بعقد صلح في دين لم يصدر به حكم نهائي (١١ فبراير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٥٤)، ولا أجرة ثابتة في تعويض عن أعمال أجراها المستأجر لم تقدر بعد (٦ مايو سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٢٣٤)، ولا دين ثابت يستند في تعويض لم يقدر (٩ نوفمبر سنة ١٨٩٨ م ١١ ص ٢٩٠)، ولا دين معترف به في دين لم يقطع فيه الحساب (٤ فبراير سنة ١٩٠٣ م ٥ ص ١٣٢)، ولا دين ثابت بكيفية في دين صدر به حكم غيابي (٢٠ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٠٨)، ولا دين معترف به في دين لا يزال في حاجة إلى إثبات (٤ مايو سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٢٣٣)، ولا أجرة ثابتة في تعويض لم يقدر (٢ مارس سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٥١)، ولا دين ثابت في أسهم متنازع فيها وغير معلومة المقدار (١٢ فبراير سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٨٤)، ولا دين ثابت في دين احتمالي (١١ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ١٨١)، ولا دين ثابت في دين يحول متنازع فيه (٢٢ يونيو سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٣٧٧)، ولا تجوز المقاصة في دين غير مقدر (٢٣ نوفمبر سنة ١٩١١ م ٢٤ ص ١٥)، أو تعويض غير مقدر (٢٠ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٥٠)، أو دين يحتاج في تقديره إلى خبير (١٥ مايو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٨١ - ١١ يونيو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٤٢٥) أو بوجه عام دين متنازع فيه (١٦ مايو سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٣٥ - ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ١٢٠ - ١٨ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٩٥ - ١٤ يناير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٥١ - ١٩ يناير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٢٢ - ١٤ أبريل سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٧٨ - ١٠ يناير سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ١١٨ - ٣٠ يناير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٣٧ - ٢٨ مايو سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٤١ - ٢١ نوفمبر سنة ١٩٣٥ م ٤٨ ص ٣٤ - ١١ مارس سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١٧٦ - ٤ نوفمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ١ - ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ٢٧ - ٢ فبراير سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٢١ - ٥ مايو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٨٥).

ولكن إذا كان تعيين مقدار الدين إنما يتوقف على عملية عناصرها ثابتة لا خلاف فيها ، وهي بعد سهلة الأجراء ، كأجرة عيادة الأطباء وكحساب جاز محدد العناصر ولا ينقصه لتحديد الرصيد إلا عملية حسابية بسيطة ، فإن الدين يعتبر معلوم المقدار وتصح فيه المقاصة (١) .

وإذا كان تعيين مقدار الدين يتوقف على مسألة موضوعية ، كان التعيين أمر واقع يترك لتقدير قاضي الموضوع ولا معقب عليه من محكمة النقض .

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بمقاصة أجرة ثابتة في محمول ورده المستاجر المؤجر بكيات محددة وبمخالصات من المؤجر (١٥ أبريل سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٢٧٦) . وقد يكون الدين بمغبه ثابت وبمغبه متنازع فيه أو غير معلوم المقدار ، فيجوز للقاضي أن يحكم بالمقاصة في الجزء الثابت ، ويستبقى الجزء الآخر حتى يتم تقديره . ويجوز للقاضي كذلك في الدين المتنازع فيه أن يحدد مقداراً منه هو الحد الأدنى لما يعتبره القاضي ثابتاً في ذمة المدين ، ويقضى بالمقاصة في هذا المقدار مقاصة قانونية لا مقاصة قضائية ، إذا لم ير ضرورة للانتظار حتى يفصل في الدين كله (انظر في هذا المعنى بودى وبارد ٣ فقرة ١٨٣٣ مكررة أولاً ص ١٧٣) . وكان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يتضمن نصاً يقرر هذا المبدأ ، هو المادة ٥٠٠ من هذا المشروع ، وكانت تجرى على الوجه الآتى : « إذا كان الدين الذى طلبت المقاصة فيه غير خال من النزاع ، وكان الفصل فيه ميسوراً ، جاز للقاضي أن يجرى المقاصة فيما ثبت له وجوده من هذا الدين » . وقد أقرت لجنة المراجعة هذه المادة ، كما أقرها مجلس النواب ، ولكن لجنة مجلس الشيوخ حذفتها « لأنها تتناول نقطة تفصيلية يحسن تركها للقواعد العامة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٦٨ فى الهامش) . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى شأن هذه المادة ما يأتى : « فيراعى من ناحية أنه (المشروع) أجاز المقاصة ولو كان دين المدين متنازعا ، وجعل للقاضي أن يجرىها فيما ثبت له وجوده من هذا الدين . ولا يعتبر هذا الإجراء صورة من صور المقاصة القضائية ، لأن أثر القصاص فى هذه الحالة ينسحب إلى وقت تلاقى الدينين ولا يترتب من وقت صدور الحكم فحسب » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٧٤) .

وهناك طريقة يستطيع من كان له دين متنازع فيه أن يلجأ إليها إلى أن يفصل فى النزاع ، فتقع المقاصة . وذلك أن يوقع حيزاً تحت يد نفسه بالدين الذى له وهو الدين المتنازع فيه على الدين الذى فى ذمته لدينه والذى يرى إلى إجراء المقاصة فيه . ويجوز الحيز هنا بدين متنازع فيه حل أن يقدر القاضي الدين تقديرأ مؤقتاً . فإذا فصل فى مقدار الدين فى دعوى تثبيت الحيز ، أصبح الدين خالياً من النزاع ، ووقعت المقاصة . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا حيز المدين تحت يد نفسه بدين له حل الدائن ، فيمجرد تثبيت الحيز تقع المقاصة بين الدينين (استئناف مخطوط ٢٨ مارس سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٢٢٠) .

أما إذا كان تعيين المقدار ينوقف على مسألة قانونية كمقدار نصيب الوارث في التركة، فإن التعيين يكون من مسائل القانون ويخضع لرقابة محكمة النقض (١).

٥٣٧ - الشرط الخامس - استحقاق الدينين للوفاء : ويجب ،

لوقوع المقاصة ، أن يكون كل من الدينين مستحق الأداء ، لأن المقاصة وفاء إجباري كما قدمنا ، ولا يجبر المدين على الوفاء إلا عند استحقاق الدين .

والدين لا يكون مستحق الأداء إذا كان مضافاً إلى أجل واقف . فلا تجوز المقاصة بين دين مؤجل ودين حال ، ولا بين دينين كلاهما مؤجل ، إذ يكون المدين قد أجبر بذلك على الوفاء قبل حلول الأجل (٢) . على أن نظرة الميسرة التي يمنحها القاضي للمدين ، وهي أجل ، لا تمنع من المقاصة كما قدمنا . إذ أن القاضي قد منحها للمدين نظراً له ، على اعتبار أنه غير قادر على الوفاء بدينه

(١) بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٣٣ مكررة ثانياً .

(٢) وقد يكون للمدين الحق في حبس الدين المستحق الأداء ، فيكون الحبس بمثابة الأجل ، ولا يكون الدين في هذه الحالة مستحق الأداء ، فلا يصلح المقاصة . فإذا اشترى الدائن من مدينه عقاراً مرهوناً لغيره ، كان من حقه أن يجبس الثمن ليوفى حق الدائن المرتهن . فلا يستطيع البائع للمقار أن يتسكك بالمقاصة بين هذا الثمن والدين الذي عليه ليشتري . ولكن المشتري يستطيع أن ينزل من حقه في حبس الثمن ، وأن يتسكك هو بالمقاصة بين الثمن والدين الذي في ذمة البائع ، فإذا ما رجع الدائن المرتهن حل المقار المرهون واستوفى حقه منه ، رجع المشتري حل البائع بالضمان . والقضاء الفرنسي يمنع ، في هذه الحالة ، التمسك بالمقاصة ، سواء من جانب البائع أو من جانب المشتري ، بدعوى أن أحد الدينين ، وهو الثمن ، قد ترتب عليه حق لغيره ، وهو الدائن المرتهن . وقد طبقنا هذا المبدأ الذي يقول به القضاء الفرنسي في حالة ما إذا بيع مال المدين في المزاد وفاء لديونه ، فرسا للمزاد على أحد الدائنين ، فلا تقع المقاصة بين الدين الذي لهذا الدائن والثمن الذي عليه ، لأن الثمن قد تعلق به حقوق الدائنين الآخرين ، فيجب أن يقيم بينهم قسمة للفرما (انظر آفأ فقرة ٥٣٣ في الهامش) . ولكن المزاد الجبري في هذه الحالة الأخيرة قد طهر المقار من الرهون إن كان مرهوناً ، وهو حل كل حال جعل حقوق الدائنين تعلق بالثمن الذي رسا به المزاد ، فلم يعد الثمن بعد أن تطلعت به حقوق الغير صالحاً للمقاصة ، أما في بيع المقار المرهون يماً اختيارياً ، فإن حق الدائن المرتهن لم يتعلق بالثمن ، بل هو لا يزال متعلقاً بالمقار المرهون (انظر في هذه المسألة بلانويول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٨٧ مكررة ثالثاً - لوران ١٨ فقرة ٤٢ - بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٤٨ - وقارن ديملومب ٢٨ فقرة ٦٣٥ - أوبري ورو ٤ فقرة ٣٢٦ حاشي رقم ٣ - بيدان ولاجارد ٩ فقرة ١٠٣٩) .

فوراً ، فإذا تبين أنه قادر على الدفع عن طريق المقاصة ، أى عن طريق الوفاء بحق له استجد في ذمة دائته ، فلا وجه لانتظار انقضاء الأجل الذى يمنحه القاضى ، بل تقع المقاصة قبل انقضاء هذا الأجل . ومثل نظرة الميسرة الأجل الذى تبرع به الدائن ، فهو أيضاً لا يمنع من وقوع المقاصة ولو قبل انقضائه ، لنفس الأسباب التى قدمناها في نظرة الميسرة . وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٣٦٢ مدنى ، كما رأينا ، على هذا الحكم صراحة إذ تقول : « ولا يمنع المقاصة أن يتأخر ميعاد الوفاء لمهلة منحتها القاضى أو تبرع بها الدائن » .

فإذا كان الدين مضافاً إلى أجل ، فانه لا يصلح للمقاصة كما قدمنا ، ولا بد من حلول الأجل حتى يصبح صالحاً (١) . ويحل الأجل بانقضاء مدته ، أو بالنزول عنه ممن له مصلحة فيه . فإذا انقضت مدة الأجل ، أو نزل عنه من له مصلحة فيه من الطرفين (٢) ، فقد أصبح الدين صالحاً للمقاصة (٣) .

ويحل الأجل أيضاً بسقوطه . ويسقط بشهر إفلاس المدين أو شهر إعساره ، وكذلك إذا ضعفت التأمينات إلى حد كبير أو لم يقدم المدين للدائن ما وعد في العقد بتقديمه من التأمينات (م ٢٧٣ مدنى) . فإذا سقط الأجل للسببين الأخيرين — ضعف التأمينات أو عدم تقديم التأمين الموعود به — فقد حل الدين وأصبح صالحاً للمقاصة . أما إذا سقط الأجل بسبب إفلاس المدين أو إعساره ، فإن الدين يحل أيضاً ، ولكنه لا يكون صالحاً للمقاصة . وذلك أن المدين بعد

(١) ولا يعتبر الرصيد في الحساب الجارى قد حل قبل قطع الحساب، ومن ثم لا تجوز مقاصة رصيد حساب جار لم يقطع في دين آخر (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٨٦ ص ٦٩٣) .

(٢) استئناف مخطط ٢٣ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٧٧ .

(٣) فإذا كان حل المستأجر أجرة لم يحل ، استطاع أن ينزل من الأجل وهو في مصلحته ، وأن يتمسك بالمقاصة بين دين الأجرة الذى لم يحل ودين له في ذمة المؤجر . ولكن إذا كان المؤجر قد حول الأجرة قبل حلولها إلى محال له ، وذلك قبل أن ينزل المستأجر من الأجل ويتمسك بالمقاصة ، فإن المقاصة بعد ذلك لا تقع ، وحل المستأجر أن يدفع الأجرة إلى المحال له ويتقاضى من المؤجر الدين الذى في ذمة (بردى وبارد ٣ فقرة ١٨٣٥) .

وقد يحل الأجل قبل انقضائه بناء على اتفاق سابق ، كما إذا اشترط الدائن حل المدين أن يحل جميع الأقساط إذا تأخر المدين في دفع قسط منها . فإذا حلت حل هذا الوجه ، أمكن الدائن أن يخاص بها ديناً في ذمة المدين (استئناف مخطط ٢٠ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٥٠) .

شهر إفلاسه أو إعساره يمتنع عليه الوفاء بديونه ، والمقاصة ضرب من الوفاء ، فلا تقع بعد الإفلاس أو الإعسار (١) .

٥٣٨ - الشرط السادس - قابلية كل من المدينين للحجز :

تقرر المادة ٣٦٤ مدني أن المقاصة لا تقع ، إذا كان أحد الدينين حقاً غير قابل للحجز . فلا بد إذن ، لوقوع المقاصة ، من أن يكون كل من الدينين قابلاً للحجز ، لأن المقاصة وفاء إجباري ، والحق غير القابل للحجز لا يمكن إجبار صاحبه على رفاء دينه به لعدم قابليته للحجز .

فإذا كان أحد الدينين أو كلاهما غير قابل للحجز ، لم تقع المقاصة . مثل ذلك أن يكون للمدين دين نفقة في ذمة دائته ، فلا يستطيع الدائن أن يمتنع عن دفع دين النفقة لمدينه بدعوى المقاصة بين هذا الدين والدين الذي له في ذمة المدين . ذلك أنه لا يستطيع أن يستوفي حقه من دين النفقة ، وهو دين غير قابل للحجز . كذلك لا يمكن المقاصة بين المرتبات بالقدر غير القابل للحجز ودين مقابل ، كما إذا كان صاحب العمل دائئاً للعامل بما قدمه له من مأكول ولباس وسكنى ونحو ذلك ، فلا يستطيع صاحب العمل أن يمتنع عن دفع القدر غير القابل للحجز من أجره العامل بدعوى المقاصة بين هذه الأجرة وتلك الديون (٢) .

(١) ولا يكون الدين صالحاً للمقاصة بعد إيداع التاجر دفاتره للحصول على صلح واق (استئناف مختلط ٧ فبراير سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١٣٦) . ولكن إذا كان الدينان المتبادلان كلاهما لا يقبل التجزئة ، كما في الحساب الجاري وفي حساب الوصي وفي الحساب ما بين الوكيل والموكل وفي أي حساب آخر ما بين شخصين ، فإن المقاصة تقع حتى بعد إفلاس أحد المدينين : استئناف مختلط ٢٦ نوفمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٤٨ - ٢٥ فبراير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٥٣ . وهذا هو الحكم أيضاً فيما إذا كان الدينان لهما مصدر واحد كمقد ملزم للجانبين : استئناف مختلط ١٢ فبراير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١٢٣ . وهذا المبدأ هو الذي يسير عليه القضاء الفرنسي (بلانيول وريبير وردوان ٧ بقرة ١٢٨٧ - بقرة ١٢٨٧ مكررة) . وفي القانون الفرنسي إذا كان الإفلاس يحول دون المقاصة (بودرى وبارد ٣ بقرة ١٨٣٦) ، فإن الإعسار لا يحول (بودرى وبارد ٣ بقرة ١٨٣٧) لأنه لم ينظم كما نظم في التقنين المصري الجديد .

(٢) بلانيول وريبير وردوان ٧ بقرة ١٢٨٩ مكررة - ولا تجوز المقاصة بين حق وب المل في ذمة العامل وحق العامل في التعويض عن إصابات العمل ، لأن قانون إصابات العمل قد -

٢٥ - ما لا يدخل في الشروط

٥٣٩ - وعبرة المصدر بين الدينين ليست بشرط : رأينا أن الفقرة الأولى من المادة ٣٦٢ مدني تقرر إمكان المقاصة ، ولو اختلف سبب الدينين . والمقصود بسبب الدين هو مصدره . فتجوز إذن المقاصة بين دين مصدره عقد ودين مصدره عمل غير مشروع ، كما تجوز المقاصة بين دين مصدره عمل غير مشروع ودين مصدره إثراء بلا سبب ، أو دين مصدره نص في القانون ودين مصدره عمل غير مشروع ، وهكذا ، كل ذلك إذا توافرت شروط المقاصة على الوجه الذي بيناه .
فالقاعدة العامة أن كل دين توافرت فيه شروط المقاصة تجوز المقاصة فيه ، أيًا كان مصدره ، كما أسلفنا القول . إلا أن هناك ديوناً تنشأ من مصادر معينة لا تجوز المقاصة فيها ، وسنتناولها بالبحث في المطلب التالي .

٥٤٠ - وعبرة بمكان الوفاء بين الدينين ليست بشرط - النص صريحاً :
القانونية : تنص المادة ٣٦٣ من التقنين المدني على ما يأتي :
« يجوز للمدين أن يتمسك بالمقاصة ولو اختلف مكان الوفاء في الدينين ، ولكن يجب عليه في هذه الحالة أن يعرض الدائن عما لحقه من ضرر لعدم تمكنه بسبب المقاصة من استيفاء ما له من حق أو الوفاء بما عليه من دين في المكان الذي عين لذلك (١) » .
ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ٢٥٨/١٩٤ (٢) .

= نص في المادة ٢/٨ على عدم جواز الجزاء المبالغ المستحقة تعويضاً للعامل المصاب (الأستاذ حلمي مراد ٢ ص ٥٣٣ وما بعدها - الأستاذ عبد الحمى حجازي ٣ ص ١٠٨ - ص ١٠٩) .
(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٠١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٢٧٦ في المشروع الثاني . ثم وافق عليه مجلس النواب ، لمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٦٢ (مجموعة الأعمال التشريعية ٣ ص ٢٧١ - ص ٢٧٢) .
(٢) التقنين المدني السابق : م ٢٥٨/١٩٤ : وبشرط أن يكونا واجبي الأداء في محل واحد .
(ونرى من ذلك أن التقنين المدني السابق يشترط وحدة مكان الوفاء في الدينين ، بخلاف التقنين =

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٣٦١ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٥٠ - ولا مقابل له في التقنين المدني العراقي - ويقابل في تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٢/٣٣٠ (١) .
ويخلص من هذا النص أنه لا ضرورة ، لوقوع المقاصة ، أن يكون الدينان المتقابلان واجبي الوفاء في مكان واحد (٢) . فإذا فرض أن شخصاً دائن لآخر

= المدني الجديد فقد أُلغى هذا الشرط صراحة - ومع ذلك قارن الموجز المؤلف فقرة ٥٨٩ ووالترتون ٢ ص ٥٢١ - ص ٥٢٢ ، وانظر آنفاً فقرة ٥٣٢ في الهامش - وإذا سلمنا أن وحدة مكان الوفاء كانت شرطاً في التقنين السابق ، فإن العبرة في تطبيق أحكام التقنين الجديد تكون بالوقت الذي تم فيه المقاصة ، أي بالوقت الذي يتلاقى فيه الدينان المتقابلان متوافرة فيما شروط المقاصة . فإن كان هذا الوقت قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ وجب تطبيق أحكام التقنين السابق ، وإلا طبقت أحكام التقنين الجديد فلا تشترط وحدة المكان . عل أنه يلاحظ أن وحدة المكان إذا لم تكن متوافرة قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، ثم استمر الدينان متقابلين بعد هذا التاريخ مع تحلف هذا الشرط ، كان التقنين الجديد هو الذي يسرى ، فلا تشترط وحدة المكان وتقع المقاصة بالرغم من تحلف هذا الشرط . ولكنها لا تقع إلا في ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ وقت سريان التقنين الجديد ، ولا تقع قبل ذلك عند تلاقى الدينين حيث كان التقنين القديم هو الذي يسرى .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٣٦١ (مطابقة لمادة ٣٦٣ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٣٥٠ (مطابقة لمادة ٣٦٣ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي : لا مقابل فيه لنص . ولكنه لم يذكر اتحاد مكان الوفاء ضمن شروط المقاصة ، فيستخلص من ذلك أنه ليس بشرط ، ويتفق التقنين العراقي مع التقنين المصري إذن في هذا الحكم .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٢/٣٣٠ : وليس من الضرورة أن يكون الدينان واجبي الوفاء في مكان واحد .

(وحكم التقنين اللبناني يتفق مع حكم التقنين المصري) .

(٢) انظر في هذا المعنى المادة ١٢٩٦ من التقنين المدني الفرنسي ، ويجرى على الوجه الآتي :
« إذا كان الدينان غير واجبي الوفاء في مكان واحد ، لم يجوز التمسك بالمقاصة إلا بعد حساب مصروفات النقل . وهذا هو النص في أصله الفرنسي :
Art. 1296 : Lorsque les dettes : ne sont pas payables au même lieu, on n'en peut opposer la compensation qu'en faisant raison des frais de la remise.

والنظر أيضاً في هذا المعنى المادة ١/٣٩١ من التقنين المدني الألماني والتطبيقات على التقنين المدني الألماني جزء أول م ٣٩١ فقرة ٢ - فقرة ٣ .

بألف واجب الدفع في القاهرة ، والآخر دائن للأول بألف واجب الدفع في باريس ، وقد توافرت شروط المقاصة في الدينين ، وتمسك الأول بالمقاصة ، لم يحل اختلاف مكان الوفاء دون وقوعها . غير أن الدائن الآخر الذي كان يجب أن يستوفي حقه في باريس قد حرم من جراء المقاصة ، أن يكون عنده الألف في هذه المدينة ذاتها . فيستطيع ، بالرغم من وقوع المقاصة ، أن يرجع على الأول بمصروفات نقل هذا المبلغ من القاهرة إلى باريس . وإذا فرض أن الآخر هو الذي تمسك بالمقاصة ، وهو مدین بألف في القاهرة ودائن بألف في باريس ، جاز للأول أن يرجع عليه بمصروفات نقل الألف من باريس إلى القاهرة (١).

المطلب الثاني

الديون التي لا تقع فيها المقاصة

٥٤١ - النصوص القانونية : تنص المادة ٣٦٤ من التقنين المدني

على ما يأتي :

« تقع المقاصة في الديون أيا كان مصدرها ، وذلك فيما عدا الأحوال الآتية : »

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في هذا الصدد : « ويراعى من جهة أخرى أنه (أي التقنين الجديد) أجازها (أي المقاصة) كذلك ولو اختلف مكان الوفاء في الدينين . بيد أنه يتعين حل من يتمسك بالمقاصة في هذه الحالة أن يמוש الدائن عما لحقه من ضرر لعدم تمكنه ، من جراء هذه المقاصة ، من استيفاء ماله من حق ، أو الوفاء بما عليه من دين ، في المكان الذي حدد لذلك . فلو فرض أن أحد الدينين واجب الوفاء في القاهرة ، وأن الدين الآخر واجب الوفاء في باريس ، وأن الدائن الذي اشترط الوفاء في باريس قد تحمل خسارة من جراء عدم استيفائه لحقه في هذه المدينة بسبب المقاصة ، كان لهذا الدائن أن يرجع بتفقات نقل المبلغ إذا كان قد أُلجئ إلى ذلك : انظر المادة ١٢٩٦ من التقنين الفرنسي (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٧٤ - ص ٢٧٥) .

ويذهب بودي وبارد إلى أنه كان من الممكن ، من الناحية التشريعية ، عدم اشتراط استحقاق الدينين للأداء ، كما لم تشترط وحدة مكان الوفاء . وإذا كان اختلاف مكان الوفاء أكتفت مواجهته من طريق حساب نفقات النقل ، فقد كان من الممكن كذلك مواجهة اختلاف زمان الوفاء من طريق استئصال ما يقابل الوقت الباقي لاستحقاق من الدين (بودي وبارد ٣ فقرة ١٨٤٩ ص ١٨٧) .

« (أ) إذا كان أحد الدينين شيئاً نزع دون حق من يد مالكه ، وكان مطلوباً رده » .

« (ب) إذا كان أحد الدينين شيئاً مودعاً أو معاراً عارية استعمال ، وكان مطلوباً رده » .

« (ج) إذا كان أحد الدينين حقاً غير قابل للحجز » (١) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ٢٥٩/١٩٥ (٢) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية : في التقنين المدني السوري المادة ٣٦٢ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٥١ - وفي التقنين المدني العراقي المواد ٤١٠ - ٤١٢ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٣٣١ (٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٠٢ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما هذا أن المشروع التمهيدى كان يتضمن عبارة تقضى بعدم جواز وقوع المقاصة أيضاً « عندما يتنازل المدين مقدماً عن المقاصة » . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٣٧٧ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ حذفت عبارة « عندما يتنازل المدين مقدماً عن المقاصة » نظراً لأن « البنوك في معاملاتها مع الأفراد تتمسك في عقودها معهم بالنص على عدم جواز تمسكهم بالمقاصة ، وفي هذا ضرر يبلغ بهؤلاء الأفراد ، ويجب أن يضمن مشروع هذا القانون نصاً يمنع النزول مقدماً عن التمسك بالمقاصة » . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنته تحت رقم ٢٦٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٧٢ وص ٢٧٥ - ص ٢٧٦) .

(٢) التقنين المدني السابق : م ٢٥٩/١٩٥ : لا محل للمقاصة إذا كان أحد الدينين غير جائز الحجز عليه ، أو عبارة عن مبلغ مودع أو أشياء مودعة يمكن قيام بعضها مقام بعض . (ولم يورد التقنين المدني السابق ، بين الديون التي لا تقع المقاصة فيها ، الشيء المخزوع دون حق من يد مالكه والشيء المار . فقيماً يتعلق بهذين تكون العبارة بوقت تلاقى الدينين ، فإن كان سابقاً على ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ سرى التقنين السابق فنضع المقاصة ، وإلا سرت أحكام التقنين الجديد فلا تقع) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري : م ٣٦٢ (مطابقة لمادة ٣٦٤ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي : م ٣٥١ (مطابقة لمادة ٣٦٤ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٤١٠ : إذا كان للوديع دين على صاحب الوديعة ، والدين والوديعة من جنس واحد ، أو كان للغاصب دين على صاحب العين المنصوبة من جنسها ، فلا تصير -

والنص يمنع المقاصة في ديون ينظر في بعضها إلى مصادرها ، وينظر في بعض آخر إلى طبيعة الدين وهي عدم القابلية للحجز . وقد فصلنا هذه الحالة عن بقية الحالات ، وألحقناها بما يجب أن يتوافر من الشروط لإمكان وقوع المقاصة فيها قدمناه . فلم تبين إلا الحالتان اللتان فهما ينظر القانون إلى مصدر الدين . فتارة يراه اعتداء من المدين لا يصح تشجيعه فيمنع المقاصة ، وهذه هي حالة نزع الشيء دون حق من يد مالكة . وطوراً يراه إخلالاً بواجب الأمانة والثقة اللتين وضعهما الدائن في المدين بحيث يكون إمكان المقاصة متعارضاً مع هذا الواجب ، وهذه هي حالة ما إذا كان مصدر الدين وديعة أو عارية استعمال (٦) . فتكلم في هاتين الحالتين (٧) .

٥٤٢ - **أحمد العربيين شيء نزع دونه هو من يد مالكة: والصورة**
العملية لهذه الحالة أن يكون للدائن دين محله نقود أو مثليات كحظن أو قبح ،

- **الوديعة أو العين المنصوبة قصاصاً بالدين ،** إلا إذا تقاس الطرفان بالتراضي .
م ٤١١ : إذا أتلّف الدائن شيئاً من مال المدين ، وكانت من جنس الدين ، سقطت قصاصاً ، وإن كانت بخلافه فلا تقع المقاصة دون تراخيهما .

م ٤١٢ : إذا كان للكفيل المحروم من حق التجريد دين حلّ للدائن المكفول له من جنس الدين المكفول به ، فالدينان يلتقيان قصاصاً من غير رضاها . وإن كانت من غير جنس الدين المكفول به ، فلا يلتقيان قصاصاً إلا بتراضي الدائن المكفول له مع الكفيل لآع المدين .
(والتقنين العراقي يورد حالتى القنصب والوديعة ، ويفضل حالة البارية . وأما التعويض من الخلف ، فقد أجرى عليه حكم القواعد العامة . وخالف التقنين المصري في المقاصة القانونية التي تقع بين دين الكفيل والدين المكفول به) .

تقنين الموجبات والمقود البناني م ٣٣١ : تجرى المقاصة أية كانت أسباب أحد الدينين ، فيما خلا الأحوال الآتية : ١ - عند المطالبة برد شيء نزع بلا حق من يد مالكة . - ٢ - عند المطالبة برد وديعة أو عارية استعمال . ٣ - إذا كان هناك دين غير قابل للحجز . ٤ - إذا عدل المدين مقدماً عن المقاصة .

(وهذه الأحكام متفقة مع أحكام التقنين المصري ، فيما عدا أن التقنين اللبناني يجبر للزول مقدماً عن المقاصة كما كان يفعل المشروع التمهيدى لتقنين المصري) .

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٧٤ .
(٢) أما التقنين المدنى الألماني فلم يورد إلا حالة واحدة لا تجوز فيها المقاصة ، هي أن يكون مصدر الدين علا غير مشروع ارتكبه عدداً ، فلا يجوز للمدين في هذا العمل أن يقاسم ديته هذا يمين له في ذمة المصورر : انظر التعليقات على التقنين المدنى الألماني جزء أول م ٣٩٣ .

ويعتبر المدين عن وفاء دينه في ميعاد استحقاقه ، فيعتمد الدائن ، بدلا من أن يقاضى المدين ويطالبه بحقه ، إلى أن ينتزع منه ما يماثل دينه من النقود أو المثلثات ، قاصداً بذلك أن يستوفى حقه بيده . ولا شك في أن انتزاع الشيء حنوة من يد المدين دون رضائه لا يعتبر وفاء (١) ، ويصبح الدائن مديناً ، بموجب العمل غير المشروع ، برد النقود أو المثلثات التي انتزعها . ولما كانت هذه معادلة لدينه ، فقد كانت القواعد العامة تقضى بأن تقع فيها المقاصة مع الدين الذي له في ذمة المدين (٢) . ولكن القانون منع المقاصة هنا ، إمعاناً منه في الضرب على أيدي الدائنين الذين ينتزعون حقوقهم بأيديهم من مدينيهم وكان الواجب عليهم أن يلجأوا إلى القضاء .

وانتزع الدائن الشيء دون حق من يد المالك يتم بطرق مختلفة . فقد يكون بطريق السرقة خفية ، أو بطريق النصب ، أو بطريق خيانة الأمانة ، وهذه كلها جرائم معاقب عليها . وقد يتم لا بطريق جريمة معاقب عليها ، ولكن بطريق عمل غير مشروع يرتب الالتزام بالرد ، وذلك بأن ينتصب الدائن من مدينه الشيء ، لا خفية ولا نصباً ولا تبديلاً ، ولكن حنوة . وقد يخبره

(١) وقد ورد في المادة ٣٩١ من القانون المدني العراقي : « وب الدين إذا ظهر عرضاً بجس حقه من مال مدينه وهو على صفته ، فله الاحتفاظ به » . وقد اعتبر القانون هنا ظهر الدائن عرضاً بجس حقه من مال مدينه وفاء ، لأن الدائن لم يستول عليه حنوة ولم ينتزعه اختصاصاً ، بل ظهر به عرضاً .

(٢) ويلعب بودوي وهارد إلى أن القواعد العامة لا تقضى في هذه الحالة بوقوع المقاصة ، إلا إذا انتزع الدائن من مدينه نقوداً استهلك أو اغلظت بمال الدائن فأصبحت ديناً في ذمة ، أما إذا انتزع نقوداً لم تستهلك ولم تختلط بماله فاحتفظت بملائتها ، أو انتزع عطليات ، فقد تسلمت وأصبحت بانتزاعها ديناً معيّن بالذات ، فتمنع المقاصة بموجب القواعد العامة دون حاجة إلى نص خاص ، لأن الدين المعينة بالذات لا تمكن المقاصة فيها . وإذا استهلك الدائن العطليات غير النقود التي انتزعها من مدينه ، فإنه لا يستطيع أيضاً أن يمسك ، في التصرف الذي يترتب في ذمة ، بالمقاصة ، لأن التصرف يكون في هذه الحالة ديناً غير معلوم المقدار ، فتمنع المقاصة طبقاً للقواعد العامة دون حاجة إلى نص خاص (بودوي وهارد ٣ ققرة ١٨٥٤ - وانظر أيضاً : ديمولوس ٢٨ ققرة ٥٨٨ و ٥٩٠ - لوروان ١٨ ققرة ٤٤٥ - مارك ٨ ققرة ١٥٩) .

وهو يقتصب الشيء أنه إنما يستوفى به حقه ، ذلك أن الاستيفاء لا يكون عن طريق الغصب (١) .

٤٣ • — أمر الربيعين شيء مودع أو معار عارية استعمال : وهذه

حالة نادرة الحصول في العمل ، نقلها التقنين المدني الفرنسي عن دوما وبوتيه في القانون الفرنسي القديم (٢) ، ثم نقلها عن التقنين المدني الفرنسي التقنين المدني المصري (٣) .

وصورة الوديعة ، كما يمكن أن تقع في العمل ، هي أن يودع المدين عند دائنه نقوداً لا يأذن له في استعمالها (م ٧٢٦ مدني) وهذا ما يسمى بالوديعة الناقصة (dépôt irrégulier) ويكون دين الدائن في ذمة مدينه نقوداً أيضاً ، فتوافر شروط المقاصة بين هذا الدين والدين الذي في ذمة الدائن لمدينه من رد الوديعة . فلا يجوز للدائن ، بالرغم من توافر شروط المقاصة ، أن يتمسك بها فيمتنع عن رد الوديعة . ذلك أن المدين قد ائتمنه على وديعته ووضع ثقته فيه ، فلا يجوز الإخلال بهذه الثقة ولو عن طريق التمسك بالمقاصة (٤) . وإنما يجب على الدائن أن يرد الوديعة للمدين ، ثم يطالبه بعد ذلك بالدين الذي في ذمته (٥) . ويمكن أيضاً أن تتحقق صورة الوديعة ، حتى لو كانت وديعة كاملة ، في الفرض الآتي : يودع المدين عند دائنه عيناً معينة بالذات ، فهلك بتقصير من الدائن ، فيكون الدائن مديناً بالتعويض لمدينه ، ويقدر هذا التعويض اتفاقاً أو قضاء . فهنا الفرض يتسع له النص إذ يقول : « إذا كان أحد الشئتين شيئاً مودعاً .

(١) لا رومبيير ٥ م ١٢٩٣ فقرة ٢ — ديمولوب ٢٨ فقرة ٢٨٩ — لوران ١٨ فقرة ٤٤٤ — بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٥٣ .

(٢) بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٥٦ من ١٩٦ — من ١٩٧ .

(٣) وكان التقنين المدني السابق ، كما رأينا ، قد اقتصر في نقلها على الوديعة دون العارية . والوديعة وحدها هي التي تكلم فيها بوتيه ، ودوما هو الذي تكلم في العارية .

(٤) استئناف مختلط ٣ مارس سنة ١٩٢٧ م ٣٩ من ٣٠٢ — المتصورة ٢١ ديسمبر سنة ١٩٣٧ الحاماة ١٩ رقم ٥٤٠ من ١٤٤٨ . وقد تكون الوديعة أسهماً أو سندات فلا يجوز فيها المقاصة (استئناف وطني ٤ مايو سنة ١٩٠٩ الحقوق ٢٤ من ١٧٧) .

(٥) بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٥٦ من ١٩٤ .

وكان مطلوباً وده ، ، فان مطالبة المدين للدائن بالتعويض عن هلاك الوديعة تدخل في المطالبة بالرد . فاذا تم الأمر على هذا الوجه كانت شروط المقاصة متوافرة ، وبالرغم من توافرها لا يجوز للدائن أن يتمسك بها لأن أحد الدينين وهو التعويض مصلده عقد وديعة (١) .

أما العارية فهي أصعب تصوراً من الوديعة . ولا بد أن نفرض أن المدين بمبلغ من النقود قد أعار دائنه عيناً معينة بالذات لأن المثليات لا تعار بل تقرض - فهلكت بتقصير من الدائن ، فأصبح مسئولاً عن التعويض . ثم قدر هذا التعويض اتفاقاً أو قضاء ، وأصبحت شروط المقاصة متوافرة ما بين الدين الذي في ذمة المدين للدائن والتعويض الذي في ذمة الدائن للمدين . وبالرغم من توافر شروط المقاصة لا يجوز للدائن أن يتمسك بها ، وليس له أن يمتنع عن دفع التعويض للمعبر . ذلك أن المعبر قد ائتمنه على الشيء المعار ، بل نزل له عن منفعته دون أجر ، فلا يكون جزاءه على ذلك أن يمتنع المستعير عن دفع التعويض المستحق ولو عن طريق التمسك بالمقاصة . فعلى المستعير أن يدفع التعويض للمعبر ، ثم يطالبه بعد ذلك بالدين الذي له في ذمته .

وغنى عن البيان أن النص مقصور على عقدي الوديعة والعارية ، فلا يتعدى إلى غيرهما من العقود كعقد الوكالة مثلاً (٢) .

(١) قارن بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٥٦ ص ١٩٥ - ص ١٩٦ .

(٢) فإذا سلم الوكيل نقوداً لحساب الموكل ، وقتت المقاصة ، إذا توافرت شروطها ، بين هذه النقود وبين ما قد يكون للوكيل في ذمة الموكل من دين يتعلق بالمعبروقات التي أنفقها في تنفيذ الوكالة (بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٥٦ مكررة أولاً) .

المبحث الثاني

كيف يكون إعمال المقاصة وما هي الآثار التي ترتب عليها

المطلب الأول

كيف يكون إعمال المقاصة

٥٤٤ - النصوص القانونية : تنص الفقرة الأولى من المادة ٣٦٥

من التقنين المدني على ما يأتي :

« لا تقع المقاصة إلا إذا تمسك بها من له مصلحة فيها ، ولا يجوز النزول عنها قبل ثبوت الحق فيها (١) » .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ٢٥٦/١٩٢ (٢) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في العبارة الأولى من المادة ٥٠٣ من المشروع التمهيدى

ونصها كالآتي : « لا تقع المقاصة إلا إذا طلبها من له مصلحة فيها » . وفي لجنة المراجعة عدل النص على الوجه الآتي : « لا تقع المقاصة إلا إذا تمسك بها من له مصلحة فيها » ، وأصبح رقم المادة ٣٧٨ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب . وفي لجنة الشيوخ عدل النص أولا على النحو الآتي : « لا يقضى بوقوع المقاصة إلا إذا تمسك بها من له مصلحة فيها » ، ولا يجوز النزول عنها قبل ثبوت الحق فيها » ، وذلك « لإبراز ألمنى انصراف النص إلى حالة التمسك بالمقاصة أمام القضاء » . وقد رأت اللجنة . . أن المقاصة طريق من طرق الاستيفاء ، ومن الخير ألا يتنازل صاحب الحق عنه إلا بعد ترتيبه » . ثم عدل النص بعد ذلك في اللجنة نفسها على النحو الذى استقر عليه في التقنين المدنى الجديد ، وأعيدت عبارة « لا تقع المقاصة » بدلا من عبارة « لا يقضى بوقوع المقاصة » ليكون الحكم مطلقاً لا يرتبط بالتقاضى ، وقد تقع المقاصة خارج دائرة التقاضى » ، وأصبحت المادة رقمها ٣٦٥ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٧٧ - ص ٢٨١) .

(٢) التقنين المدنى السابق م ٢٥٦/١٩٢ : المقاصة هي نوع من وفاء الدين يحصل حتماً بدون

علم المتعاملين إذا كان كل منهما دائماً ومديناً للأخر .

(وهذا الحكم يتفق مع حكم التقنين الجديد ، إذ كان العمل جارياً في عهد التقنين السابق على

وجوب التمسك بالمقاصة : الموجز لمؤلف فقرة ٥٩١) .

ويقابل في التقنيات المدنية العربية الأخرى: في التقنين المدني السوري المادة ١/٣٦٣ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ١/٣٥٢ - وفي التقنين المدني العراقي المادة ٤١٣ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني العبرة الأخيرة من المادة ٣٣١ والعبرة الأولى من المادة ٣٣٢ (١) .

وهذا النص يعالج مسألتين: (أولاً) أن المقاصة لا تقع إلا إذا تمسك بها من له الحق فيها . (ثانياً) وأنه لا يجوز النزول عنها إلا بعد ثبوت الحق فيها .

٥٤٥ - وجوب التمسك بالمقاصة : لا تزال المقاصة قانونية في التقنين المدني الجديد ، كما كانت في التقنين المدني السابق ، وكما هي في التقنينات اللاتينية وبخاصة التقنين المدني الفرنسي . فهي ليست مقاصة قضائية كما كان الأمر في القانون الروماني ، ولا هي مقاصة تقع باعلان عن الإرادة كما هو الأمر في التقنينات الجرمانية . وقد بسطنا الفروق الجوهرية التي تميز المقاصة القانونية في القوانين اللاتينية عن المقاصة باعلان عن الإرادة القوانين الجرمانية (٢) .

ولكن التقنين المدني الجديد أوجب على ذي المصلحة في المقاصة أن

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ١/٣٦٣ (مطابقة للمادة ١/٣٦٥ من التقنين المدني المصري) .
التقنين المدني الليبي م ١/٣٥٢ (مطابقة للمادة ١/٣٦٥ من التقنين المدني المصري) .
التقنين المدني العراقي م ٤١٣ : تقع المقاصة بقدر الأقل من الدينين ، ولا تقع إلا إذا تمسك بها من له مصلحة فيها .

(ويتفق هذا الحكم مع حكم التقنين المصري . ولم يذكر التقنين العراقي ، كما ذكر التقنين المصري ، أنه لا يجوز النزول عن المقاصة قبل ثبوت الحق فيها . فيجوز القول في القانون العراقي أنه يجوز النزول عن المقاصة قبل ثبوت الحق فيها تبعاً للرأى السائد في الفقه الفرنسي : انظر الأستاذ حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ٣٥٩) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٣٣١ : تجري المقاصة... فيما خلا الأحوال الآتية: ...
٤ - إذا عدل المدينون مقدماً من المقاصة .

م ٣٣٢ : لا تجرى المقاصة حتماً ، بل بناء على طلب أحد الفريقين .
(والحكم متفق مع حكم التقنين المصري ، فيما عد أنه يجوز في التقنين اللبناني النزول مقدماً عن المقاصة وذلك بصريح النص) .
(٢) انظر آنفاً فقرة ٥٢٨ .

يتمسك بها (١). والتمسك بالمقاصة هنا ليس هو إعلان الإرادة في إجراء المقاصة كما رأينا ذلك في التقنيات الجرمانية ، بل إن المقاصة تقع بحكم القانون لا بإعلان عن الإرادة، وتقع بمجرد تلاقى الدينين ولو من غير علم أصحاب الشأن . ووجوب التمسك بالمقاصة قصد به رفع شبهة ، إذ أراد التقنين الجديد أن يؤكد أن المقاصة ليست من النظام العام بل هي مقررة لمصلحة الطرفين ، وأن القاضى لا يجوز له أن يقضى بها من تلقاء نفسه حتى لو علم بوقوعها وإنما يجب على ذى المصلحة أن يتمسك بها (٢). فإذا لم يتمسك بها صاحب المصلحة مع علمه بوقوعها ، أمكن تأويل ذلك على أنه قد نزل عنها بعد ثبوتها ، وهذا جائز كما سنرى .

والتمسك بالمقاصة يصح في أية حالة كانت عليها الدعوى ، ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف (٣). بل يصح التمسك بالمقاصة حتى بعد صدور حكم نهائى ،

(١) دى باج ٣ فقرة ٦١٩ - وهو المصلحة في المقاصة هو أحد المدينين . وقد يكون مدينًا مضمناً يتمسك بمقاصة تحت بين الدائن ومدين متضامن آخر ، أو كلياً يتمسك بمقاصة تحت بين المدين والدائن (انظر الأستاذ اسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ٢٩١) .

(٢) وهذا هو الذى يميز التقنين المذهب الجديد عن القوانين اللاتينية . ففى هذه القوانين تقع المقاصة أيضاً بحكم القانون ، وبمجرد تلاقى الدينين ، وبغير علم من ذى المصلحة ، بل وعلى النقص أن ينفذ القاضى إلى وجوب تقرير وقوعها لأن القاضى لا يعلم بوقوعها فى أغلب الأحيان فيجب تنبيهه إلى ذلك . ولكن - وهنا تفتقر القوانين اللاتينية من التقنين المصرى الجديد - إذا علم القاضى حشواً بوقوع المقاصة ، كأن وقف على ذلك من واقع ملف الدعوى والمستندات ، حكم من تلقاء نفسه بوقوعها فى القوانين اللاتينية (ديمولومب ٢٨ فقرة ٦٤٣ - لوران ١٨ فقرة ٣٨١ - بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٦١) ، أما فى التقنين المصرى الجديد فالنص صريح فى أنه لا يجوز لقاضى أن يحكم بوقوع المقاصة من تلقاء نفسه بل لا بد من التمسك بها . هل أن هناك رأياً فى الفقه الفرنسى يلعب هو أيضاً إلى وجوب التمسك بالمقاصة وإلا إنه لا يجوز للقاضى أن يحكم بها من تلقاء نفسه (بلانيول وريبير ويولانجيه ٢ فقرة ٢٠٥٤ - كولان وكايتان ٢ فقرة ٥٦٢ - جوسران ٢ فقرة ٩٣٦ ص ٤٩٧ - أنسيكلويدى دالورزا لفظ compensation فقرة ٧) .

(٣) استئناف مخطط ١١ يناير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٧٥ - ٨ أبريل سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢١٩ - أوبرى ورو : فقرة ٣٢٨ ص ٣٥٤ - ص ٣٥٥ - دى باج ٣ فقرة ٦١٨ ص ٥٩٤ - بودرى وبارد ٣ فقرة ١٦٨٢ - ولكن لا يجوز التمسك بالمقاصة لأول مرة أمام محكمة النقض (أنسيكلويدى دالورزا لفظ compensation فقرة ١٠) .

وفي أثناء إجراءات التنفيذ (١). ذلك أن المقاصة تقع بحكم القانون (٢) كما قدمنا دون حاجة إلى إعلان عن الإرادة ، والتمسك بها ليس إلا إعلاناً للقاضي أن ذا المصلحة فيها يطلب الحكم بوقوعها ، إذ القاضي من جهة لا يستطيع أن يحكم بوقوع المقاصة من تلقاء نفسه ، وإغفال الخصم التمسك بها قد يؤول من جهة أخرى على أنه قد نزل عنها بعد ثبوتها (٣).

(١) ويطلب الخصم وقف إجراءات التنفيذ حتى يحكم قاضي الموضوع في وقوع المقاصة (استئناف مخطط ١٧ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٨٩ - أنسيلويدي دالوز ١ لفظ compensation فقرة ١٣) ، وذلك حتى لو لم تقع المقاصة إلا بعد صدور الحكم النهائي (استئناف مخطط ٢٤ مايو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٣١٩). وصدر حكم نهائي بالدين لا يمتارض مع التمسك بذلك بالمقاصة ، فالمطلوب من المدين أن يوفى للدين المحكوم به تنفيذاً للحكم النهائي ، وفناء الدين قد يكون عن طريق المقاصة به في دين آخر ولو كان هذا الدين لاحقاً للحكم النهائي ، فتعتبر المقاصة في حكم الوفاء من حيث تنفيذ الحكم (بودري وبارد ٣ فقرة ١٨٦٣). (٢) أما حكم القاضي فليس إلا كاشفاً عن وقوع المقاصة . على أنه لو كان الدين متنازماً فيه ، ثم حسم النزاع بحكم ، وتمسك ذو الشأن بالمقاصة القانونية ، اعتبرت المقاصة واقعة من وقت حسم النزاع . (انظر ما يلي فقرة ٥٥١ - وقارن استئناف مخطط أول أبريل سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١١٦ - ١٣ فبراير سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ٤٩).

(٣) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيلي : « لم يختَر المشروع مذهب التقنين الألماني (م ٣٨٨) في وقوع المقاصة بمقتضى إعلان يصدر من جانب واحد ، بل التزم على قضائ ذلك التصوير اللاتيني في ترتيب أثرها بحكم القانون . وكل ما هناك أنه نص على وجوب طلبها ، تأكيداً لنق ارتباطها بالنظام العام أو تحويل القضاء سلطة الحكم بها من تلقاء نفسه . ويراعى أن هذا الطلب لا يختلف عن الإعلان الذي يتطلبه التقنين الألماني من حيث الشكل فحسب ، بل وكذلك من حيث الآثار . فلو فرض أن طلب المقاصة أفرغ في صورة إعلان صدر في غير مجلس القضاء ، فلا يكون من أثر ذلك نحو الفوارق الجوهرية بين المذهب الجرمانى والمذهب اللاتيني في هذا الصدد . فإذا وفى أحد الطرفين عند تلاقى الدينين ، فالظاهر وفقاً للمذهب الجرمانى أن الإعلان بالمقاصة يصبح بمنزلة ويكون الوفاء صحيحاً ، في حين أن الوفاء في هذه الحالة يعتبر وفقاً للمذهب اللاتيني وفاء بدين تم القضاءه ويكون للموئ حق المطالبة برد ما أداه : تعليقات على التقنين الألماني جز أول ص ٥٤٢ » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٨٢) .

وجاء أيضاً في مكان آخر : « يختلف مذهب التقنينات اللاتينية عن مذهب التقنينات الجرمانية فيما يتعلق بالمقاصة . فالمقاصة القانونية تقع ، وفقاً لمذهب التقنينات اللاتينية ، بحكم القانون وبمقتضى هذا الحكم وحده ولو كان المدين غير عالم بأمرها : المادة ١٢٠ من التقنين الفرنسى وانظر كذلك المادة ٢٥٦/١٩٢ من التقنين المصرى . أما التقنينات الجرمانية فلا تتم فيها المقاصة بحكم القانون ، بل بمقتضى تعبير عن الإرادة يصدر من جانب واحد : المادة ٣٨٨ من التقنين الألماني . على أن اختلاف هذين المذهبين فيما يتعلق بالقاعدة العامة لا يلبث أن يتضائل إلى حد -

بل ويمكن التمسك بالمقاصة خارج مجلس القضاء ، ولا يعتبر هذا التمسك تصرفاً قانونياً كما في القوانين الجزائية ، إنما هو إشعار للطرف الآخر بوقوع المقاصة (١) .

٥٤٦ - جواز النزول عن المقاصة بعد ثبوت الحق فيها : قلنا إن

المقاصة ليست من النظام العام ، بل هي مقررة لمصلحة الطرفين . فيجوز إذن لمن تقررت لمصلحته أن ينزل عنها بعد ثبوت حقه فيها (٢) .

والذي ينزل عن المقاصة هو ذو المصلحة فيها . وقد يكون نزوله عنها ضمناً ، ويكون ذلك عادة بعدم التمسك بها مع علمه بوقوعها . فهو ، دون أن يذكر شيئاً عن الدين الذي له في ذمة دائته ، يتصرف إلى دفع مطالبة الدائن بدفع غير المقاصة ، أو يقر بحق الدائن دون أن يتمسك بالمقاصة . ويعتبر نزولاً ضمناً عن المقاصة وفاء المدين طوعاً بحق الدائن ، كما يعتبر نزولاً ضمناً أن يكون

= يمد عند مواجهة التفاصيل ، فإما من ناحية أن التقنيات اللاتينية تستلزم طلب المقاصة ، وهي بهذا تحتم صدور تعبير عن الإرادة كما هو الشأن في التقنيات الجرمانية . وإما من ناحية أخرى أن التقنيات الجرمانية تستد أثر التعبير عن الإرادة ، فينتفيض الدينان المتقابلان بالمقاصة من وقت توافر شروط القصاص بالنسبة لهما كما هي الحال في التقنيات اللاتينية . وقد اختار المشروع مذهب التقنيات اللاتينية ، إلا أنه تحاشى التعبير بوقوع المقاصة بحكم القانون دون علم المدينين ، وأخفق في هذا التعبير مدخلا للشك في طبيعة المقاصة ، فضلاً عن مجانبته للصحة . ذلك أن المقاصة ليست من النظام العام ، وليس للقاضي أن يحكم بها من تلقاء نفسه . وإزاء هذا احتذى مثال المشروع الفرنسي الإيطالي ، ونص على أن المقاصة لا تقع إلا إذا طلبها من له مصلحة فيها ، (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٦٦) .

(١) انظر تاريخ نص المادة ٣٦٥ آنفاً فقرة ٥٤٤ في الهامش - وانظر الأستاذ عبد الحى حجازي ٣ ص ١١١ .

(٢) استئناف مصر ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٩ المجموعة الرسمية ٤١ رقم ٨٣ - سوى القانون الفرنسي ، كما سنرى ، يجوز النزول عن المقاصة بعد ثبوت الحق فيها وقبل ثبوت هذا الحق . والنزول بعد ثبوت الحق أشد إشكالا ، في نظر الفقه الفرنسي ، من النزول قبل ثبوته . ذلك أن المقاصة بعد ثبوت الحق ، تكون قد قضت الدينين من وقت تلاقيهما بحكم القانون ، فكيف يمكن بعد ذلك النزول عن المقاصة ومودة الدينين بعد انقضاءهما ! (انظر في هذا الحق ميدان ولا جارد ٩ فقرة ١٠٥٠) .

الدين حالا فيقبل الدائن إضافته إلى أجل فينزل بذلك عن مقاصته في دين عليه لمدينه (١).

والنزول عن المقاصة لا يفترض ، فمجرد سكوت المدين عن التمسك بها لا يفيد حتما النزول عنها ، بل له كما قدمنا أن يتمسك بها في أية حالة كانت عليها الدعوى ولو أمام محكمة الاستئناف . ومجرد مطالبة الدائن المدين بالدين لا يتضمن حتما نزول هذا الدائن عن حقه في مقاصة هذا الدين بدين في ذمته لمدينه ، ما دام لم يستوف حقه فعلا من المدين . كذلك يجب تفسير النزول عن المقاصة في أضيق الحدود ، فمن استوفى جزءاً من حقه لا يعد متنازلاً عن المقاصة بباقي حقه في دين عليه لمدينه (٢) .

ومتى نزل صاحب المصلحة في المقاصة عن حقه التمسك بها (٣) ، فإن له أن يتقاضى حقه من مدينه كاملاً ، وعليه أن يؤدي الدين الذي في ذمته لهذا المدين . فبعد أن كانت المقاصة قد قضت الدينين معاً منذ تلاقيهما ، فإن النزول عن المقاصة يعيد الدينين إلى الوجود بما كان لهما من تأمينات ، وذلك دون إضرار بحقوق الغير . فلو أن أحد الدينين كان مضموناً بكفيل شخصي أو كفيل عيني ، فانقضت الكفالة بالمقاصة ، ثم نزل المدين في هذا الدين عن التمسك بالمقاصة ، فإن الدين يعود ، ولكن لا تعود الكفالة . ذلك أن الكفيل كان قد تخلص من الكفالة منذ أن انقضى الدين بالمقاصة ، فلا يضار بنزول المدين عن مقاصة الدين المكفول (٤) .

أما قبل ثبوت الحق في المقاصة - أي قبل توافر شروطها أو قبل تلاق

(١) وكل طلب يتقدم به المدين ، أو دفع يتمسك به ، ويكون متعارضاً مع وقوع المقاصة ، يمكن اعتباره نزولاً خسئياً عن التمسك بها (استئناف مخطط ١٣ فبراير سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ٤٩) .

(٢) بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٦٧ ص ٢٠٩ .

(٣) وقد ينزل أحد المدينين عن المقاصة ولكن يتمسك بها المدين الآخر ، فتقع المقاصة بالرغم من نزول المدين الأول عنها . فيمكن إذن لوقوع المقاصة أن يتمسك بها أحد المدينين ، وإذا أريد المقاصة ألا تقع وجب أن ينزل عنها المدينان معاً .

(٤) والنزول عن المقاصة يقطع سريان التقادم ، لأنه يكون بمثابة إقرار بالدين ، فهو الدين وهو في حقه تقادم جديد (بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٦٨ ص ٢١٠) .

الدينين - فانه لا يجوز لذى الشأن أن ينزل مقدماً عن الحق في التمسك بها ، لأن هذا الحق لم يثبت بعد حتى يمكن النزول عنه . كذلك لا يصبح للمدين وقت أن يعقد الدين ، أن ينزل مقدماً عن جواز انقضاء هذا الدين بالمقاصة . وعدم جواز النزول مقدماً عن المقاصة حكم ورد صريحاً في الفقرة الأولى من المادة ٣٦٥ مدني ، فقد رأيناها تقضي بأنه لا يجوز النزول عن التمسك بالمقاصة قبل ثبوت الحق فيها . أما في فرنسا فلا يوجد نص مقابل للنص المتقدم الذكر ، ومن ثم يمنح أكثر الفقهاء إلى القول بجواز النزول عن المقاصة قبل ثبوت الحق فيها (١) . ويوجه الحكم الذي أخذ به التفتين المصري ، من عدم جواز النزول مقدماً عن المقاصة ، أن المقاصة شرعت لتحقيق أغراض جوهرية ، فهي وفاء إجباري مبسط ، وهي في الوقت ذاته تأمين للدين . فلا يجوز تقويت هذه الأغراض الهامة بالنزول مقدماً عن المقاصة ، ولا أصبح النزول شرطاً مألوفاً في التعامل (clause de style) . ثم إن الواجب ألا يصبح النزول إلا عند ثبوت الحق في المقاصة ، حتى يتبين من ينزل عن حقه موقعه ، فينزل وهو على بصيرة من أمره (٢) .

(١) انظر في هذا المعنى ماركاديه : ٤ فقرة ٨٢٢ - كويليه دي سانتيه ٥ فقرة ٢٤١ مكررة ثالثاً - أوبري دور ٤ فقرة ٣٢٧ ص ٣٥٢ وهامش رقم ٨ - لاروسير ٥ م ١٢٩٥ فقرة ١ - ديمولومب ٢٨ فقرة ٦٠٤ . وانظر أيضاً المادة ٣٣١ من تقنين الموجبات والمقود الهناني ، وهي تصرح بجواز النزول مقدماً عن المقاصة (أنظر آنفاً فقرة ٤٤١ في الهامش) . وانظر عكس هذا الرأي فلا يجوز النزول مقدماً عن المقاصة : تويليه ٧ فقرة ٣٠٣ - لوران ١٨ فقرة ٤٥٦ .

وإذا أجزنا النزول مقدماً عن المقاصة ، أسكن الغير العلم بذلك ، فيكون النزول سارياً في حقه . وهذا بخلاف النزول عن المقاصة بعد ثبوت الحق فيها ، فقد قلنا أن هذا النزول لا يضر به الغير ولا يكون سارياً في حقه (بودري وبارد ٢ فقرة ١٨٨١ ص ٢٢٠) .

(٢) وقد ورد في الأعمال التفسيرية تعليلان لعدم جواز النزول عن المقاصة قبل ثبوتها ، كلاهما ذكر في لجنة مجلس الشيوخ : ١ - و القضاء على محاولة الدائنين التحكم في المدين عند نشوء الدين للحصول مقدماً على الرضاء بالتنازل عن هذا الحق (مجموعة الأعمال التفسيرية ٣ ص ٢٧٨) . ٢ - وقد راعت اللجنة أن المقاصة طريق من طرق الاستيفاء ، ومن التلميز ألا يتنازل صاحب الحق عنه إلا بعد ترتيبه (مجموعة الأعمال التفسيرية ٣ ص ٢٧٩) . وقد قلنا أن المشروع التمهيدي كان يتضمن نصاً يقضي بعدم جواز المقاصة عندما يتنازل للمدين مقدماً عنها ، فسكت لجنة مجلس الشيوخ هذا الحكم ، ولم تجز للتنازل عن المقاصة إلى ثبوت الحق فيها ، نظراً لأن البنوك في ماملاتها مع الأفراد تتسلك في ضوءها مهم بالنص على عدم -

٥٤٧ - مائة من مائة النزول الضمني عن المقاصة بعد موتها -

نص قانوني : وهناك حالة من حالات النزول الضمني عن المقاصة بعد ثبوت الحق فيها ، ورد في شأنها نص خاص في التقنين المدني هو المادة ٣٦٩ ، وتجري على الوجه الآتي : « إذا وفي المدين ديناً وكان له أن يطلب المقاصة فيه بحق له ، فلا يجوز أن يتمسك إضراراً بالغير بالتأمينات التي تكفل حقه ، إلا إذا كان يجهل وجود هذا الحق (١) . وهذا النص يفرض أن المدين وفي دينه للدائن ، بالرغم من وجود حق له في ذمة الدائن كان من الممكن أن يقاص به دينه فلم يفعل . وهنا يجب التمييز بين حالتين :

أولاً - حالة ما إذا كان المدين وهو يدفع دينه يعلم بوجود حق له يمكن أن

= جواز تمسكهم بالمقاصة ، وفي هذا ضرر ببلغ هؤلاء الأفراد » (انظر تاريخ المادة ٣٦٤ آنفاً فقرة ٥٤١ في هامش) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٠٧ من المشروع التمهيدى على أنه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدى اشتمل في آخر النص على عبارة « وكان له في ذلك عذر مقبول » . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٣٨٢ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ حذفت عبارة « وكان له في ذلك عذر مقبول » ، اكتفاء بواقعة جهل المدين لوجود حقه ، وحسباً للتنازعات التي نشأت من تقدير ما يعتبر مقبولا أو غير مقبول من الأعذار ، وترك أمر الإثبات للقواعد العامة . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنته تحت رقم ٣٦٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٨٩ - ٢٩٠) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ٢٦٢/١٩٨ - وكانت تجري على الوجه الآتي : « إذا اجتمع صفتا دائن ومدين في شخص واحد ، ودفع ما عليه من الدين بغير التفات إلى المقاصة المستحقة له ، ثم طالب بماله من الدين ، وكان لمدينه كفلاء فيه أو شركاء متضامون أو مدانيون متأخرون عن المطالب المذكور في درجة الامتياز أو الرهن أو مالك لمنقول مرهون تأمينا على الدين المطالب به ، فلكل واحد من هؤلاء التمسك عليه بالمقاصة التي لم يلتفت إليها ، إلا إذا كان له عذر صحيح منه وقت الوفاء من العلم بوجود دينه الذي كانت تمكن به المقاصة . والحكم في هذا النص لا يختلف من الحكم في نص التقنين الجديد .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٣٦٧ (وهي مطابقة) - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٥٦ (وهي مطابقة) - وفي التقنين المدني العراقي المادة ٤١٦ (وهي مطابقة مع إضافة عبارة « وكان له في ذلك عذر مقبول » التي كانت واردة في المشروع التمهيدى للتقنين المصري) - وفي تقنين الموجبات والمقود البناني لا يوجد نص مقابل ، فيجب تطبيق القواعد العامة .

يقاى به الدين ، فلم يتمسك مع ذلك بالمقاصة ودفع الدين . وهنا يجب تأويل عدم تمسك المدين بالمقاصة مع علمه بجواز التمسك بها أن هذا نزول ضمنى منه عن التمسك بحقه فى المقاصة بعد ثبوتها ، وهذه هى الحالة التى أشرنا إليها فيما تقدم . ومن ثم ينقضى الدين الذى كان فى ذمة المدين بالوفاء ، ويعود للمدين حقه الذى كان قد انقضى بالمقاصة بعد أن نزل عنها . ولا يعود من التأمينات التى كانت تكفل هذا الحق ما تضر عودته بالغير ، فلا تعود الكفالة الشخصية أو العينية ، ولا يضار دائن مرتهن متأخر فى المرتبة عن مرتبة الرهن الذى كان يكفل الحق ، وقد تقدم بيان ذلك (١) .

ثانياً - حالة ما إذا كان المدين وهو يدفع دينه يجهل وجود حق له يمكن أن يقاى به الدين ، وعليه هو يقع عبء إثبات ذلك (٢) . فهنا لا يمكن القول بأن المدين ، وهو يجهل وجود حقه ، أنه نزل عن التمسك بالمقاصة فى هذا الحق . وكان مقتضى تطبيق القواعد العامة أن يقال إن المقاصة قد وقعت بحكم القانون ، فانقضى بها دين المدين ، فإذا دفعه بعد ذلك يكون قد دفع ديناً انقضى ، فيسترد ما دفع وفقاً لقواعد استرداد غير المستحق . ولا يرجع بحقه وبما يكفل هذا الحق من تأمينات ، لأن هذا الحق قد انقضى أيضاً بالمقاصة وانقضت معه تأميناته . ولكن القانون جعل من جهل المدين بوجود حقه المكفول بتأمينات عنراً مقبولا ، فحفظ له قصده ، واعتد بالوفاء الصادر منه على أنه وفاء لدين قائم فى ذمته لا على أنه وفاء لدين قد انقضى بالمقاصة . وما دامت المقاصة لم تقع ، فإن حق المدين فى ذمة الدائن يبقى بما له من تأمينات ، ولو كانت هذه التأمينات كفالة شخصية أو كفالة عينية فأضر بقاؤها بالغير ، وذلك كله رعاية لحسن نية المدين (٣) .

(١) انظر آنفاً فقرة ٥٤٦ .

(٢) بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٧٢ . وقد كان المشروع النهيى لتقنين المدنى الجديد يقضى بأن يجهت المدين أيضاً أنه كان له علم مقبول فى جهله بوجود حقه ، ولكن لجنة مجلس الشيوخ حذفت العبارة التى كانت تقضى بذلك ، « اكفاء بواقعة جهل المدين لوجود حقه ، وحسباً للمنازعات التى تنشأ من تقدير ما يعتبر مقبولا أو غير مقبول من الأدلة » (انظر تاريخ نص المادة ٣٦٩ فى هذه الفقرة فى الهامش) .

(٣) انظر للملكة الإيضاحية لمشروع النهيى فى مجموعة الأعمال التفسيرية ٣ ص ٢٨٩ -

والنظر بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٧٢ .

المطلب الثاني

الآثار التي تترتب على المقاصة

٥٤٨ - فيما بين الطرفين وبالنسبة إلى الغير : إذا وقعت المقاصة

بين دينين متقابلين على الوجه الذي بسطناه فيما تقدم ، انقضى الدينان بقدر الأقل منهما ، وهذا فيما بين الطرفين . أما بالنسبة إلى الغير ، فلا يجوز أن تقع المقاصة إضراراً بحقوق كسبها هذا الغير .

٥ - أثر المقاصة فيما بين الطرفين

٥٤٩ - النصوص القانونية : تنص الفقرة الثانية من المادة ٣٦٥

من التتئين المدني على ما يأتي :

« ويترتب على المقاصة انقضاء الدينين بقدر الأقل منهما ، منذ الوقت الذي

- ونص المادة ٣٦٩ مدني يقابله في التتئين المدني الفرنسي المادة ١٢٩٩ وتضمن نفس الحكم . والفقه الفرنسي يجعل مع ذلك كلا من الدين والدائن خيراً ، فالدين خير بين الرجوع بحقه بما كان يكفله من تأمينات ، أو يرجع بدوي استرداد غير المستحق وقد تكون له مصلحة في ذلك إذا كان الدائن قد استوفى الحق وخوسيه التية فيرجع الدين عليه بالقواله (ديجولوب ٢٨ فقرة ٦٢٢ - أوبري ودو ٤ فقرة ٣٢٩ ص ٣٥٧ - ص ٣٥٨ - بودري وهارد ٣ فقرة ١٨٧٢ - انظر مع ذلك لوران ١٨ فقرة ٤٦٤) . ولا نرى ما يمنع من العمل بهذا الحكم في مصر ، فإن المادة ٣٦٩ مدني إنما تقرر أمراً لمصلحة الدين حسن التية ، فله أن يرجع إلى تطبيق للقواعد العامة إذا رأى أن تطبيقها أصح له (انظر في هذا المعنى الأستاذ إسماعيل خانم في أحكام الالتزام فقرة ٢٩٤) . وكذلك الدائن ، إذا استوفى الحق وهو يجعل إنه انقضى بالمقاصة ، غير بين الوفاء بعينه بما كان يكفله من تأمينات ، أو رد ما استوفاه للمدين ويحسك بالمقاصة التي تمت وهو يجعلها (ديجولوب ٢٨ فقرة ٦٢٥ - فقرة ٦٢٦ - لوران ١٨ فقرة ٤٦٤ - أوبري ودو ٤ فقرة ٣٢٩ هامش رقم ٨ - بودري وهارد ٣ فقرة ١٨٧٢ - أنسيكلوبي دالوز ١ لفظ compensation فقرة ١٨٠) . وهنا أيضاً لا يوجد ما يمنع من الاعط هذا الحكم في مصر ، فإن المدين إذا لم يستوف حقه بما كان يكفله من تأمينات ، يكون له استرد فعلاً ما وفاه الدائن ، فوصل إلى حقه كاملاً من طريق أقرب .

يصبحان فيه صالحين المقاصة . ويكون تعيين جهة الدفع في المقاصة كتعيينها في الوفاء .

وتنص المادة ٣٦٦ على ما يأتي :

« إذا كان الدين قد مضت عليه مدة التقادم وقت التمسك بالمقاصة ، فلا يمنع ذلك من وقوع المقاصة به رغم التمسك بالتقادم ما دامت هذه المدة لم تكن قد تمت في الوقت الذي أصبحت فيه المقاصة ممكنة » (١).

وتقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق المادتين ٢٥٧/١٩٣ و ٢٦٠/١٩٦ (٢).

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادتين ٢/٣٦٣ و ٣٦٤ - وفي التقنين المدني الليبي المادتين ٢/٣٥٢ و ٣٥٣ - وفي التقنين المدني العراقي المادتين ٤١٣ - ٤١٤ - وفي تقنين الموجبات والعقود

(١) تاريخ النصوص :

م ٢/٣٦٥ : ورد هذا النص ضمن المادة ٥٠٣ من المشروع التمهدي مل وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا تحويرات لفظية بسيطة . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٧٨ من المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ قسم النص إلى فقرتين ، اشتملت الفقرة الثانية منها على النص الذي نحن بصدده مل وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وأصبح رقم المادة ٣٦٥ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٧٧ - ٢٨١) .

م ٣٦٦ : ورد هذا النص في المادة ٥٠٤ من المشروع التمهدي مل الوجه الآتي : « إذا كان الدين قد سقط بالتقادم وقت طلب المقاصة ، فلا يمنع سقوطه من وقوع المقاصة فيه ، مادام هذا السقوط لم يكن قد تم في الوقت الذي أصبحت المقاصة فيه ممكنة » . وفي لجنة المراجعة حور النص تحويراً لفظياً ، فصار مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وأصبح رقمه ٣٧٩ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٣٦٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٨١ و ٢٨٣) .

(٢) التقنين المدني السابق م ٢٥٧/١٩٣ : تحصل المقاصة بقدر الأقل من الدينين .

م ٢٦٠/١٩٦ : يحصل للتسديد بالمقاصة كما يحصل في حالة الوفاء بالدفع عند تمتد الدينين . (والتقنينان السابق والجديد حكهما واحد . ولم يرد في التقنين السابق ما يقابل نص المادة ٣٦٦ من التقنين الجديد ، ولكن الحكم كان معمولاً به دون نص لأنه متفق مع القواعد العامة : انظر الموجه للمؤلف فقرة ٥٩٠ - فقرة ٥٩١ - الأستاذ أحمد حشمت أبو ستهت فقرة ٨١٩ - فقرة ٨٢٠) .

البنيان المواد ٣٣٢ — ٣٣٤ و ٣٣٦ (١).

ويخلص من هذه النصوص أن المقاصة، كالوفاء، تقضي الدينين بقدر الأقل منهما، ذلك أن كل دائن يستوفي حقه من الدين الذي في ذمته. ويعتبر انقضاء الدينين قد تم من وقت تلاقيهما متوافرة فيهما شروط المقاصة، لا من وقت التمسك بالمقاصة. وإذا تعددت الديون التي تصح فيها المقاصة، كان تعيين جهة الدفع في

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري : م ٣٦٣/٢ و ٣٦٤ (مطابقتان للمادتين ٢/٣٦٥ و ٣٦٦ من التقنين المدني المصري).

التقنين المدني الليبي : م ٣٥٢/٢ و ٣٥٣ (مطابقتان للمادتين ٢/٣٦٥ و ٣٦٦ من التقنين المدني المصري).

التقنين المدني العراقي م ٤١٣ : تقع المقاصة بقدر الأقل من الدينين ، ولا تقع إلا إذا تمسك بها من له مصلحة فيها .

م ٤١٤ : إذا كان الدين لا تسع فيه الدعوى لمزور الزمن وقت التمسك بالمقاصة ، فلا يمنع ذلك من وقوع المقاصة ما دامت المدة اللازمة لعدم سماع الدعوى لم تكن قد تمت في الوقت الذي أصبحت فيه المقاصة ممكنة .

(وحكم التقنين العراقي يتفق مع حكم التقنين المصري) .

تقنين الموجبات والمقود الباني : م ٣٣٢ : لا تجرى المقاصة حتماً بل بناء على طلب أحد الطرفين ، وهي تسقط الدين في اليوم الذي تتوافر فيه الشروط اللازمة لإسكان التفرع بها مع قطع النظر عن الأمور التي تكون قد وقعت فيما بعد كسقوط أحد الموجبين بمرور الزمن .

م ٣٣٣ : إن المقاصة في الأساس تفعل عند الإدلاء بها قبل الإيفاء ، ولكن بقدر الدين الأقل . وهي تسقط ملحقات الموجب (كرهن العقار والمنقول والكفالة الخ) على نسبة إسقاطها للموجب نفسه . على أن سقوط الحقوق الخاصة للقيد في السجل العقاري لا يتم إلا بمحو ذلك القيد .

م ٣٣٤ : يجوز الكفيل أن يطلب المقاصة بما يجب على الدائن للمدين الأصلي ، ولكن لا يجوز لهذا المدين أن يطلب المقاصة بما يجب على الدائن للكفيل . كما أنه لا يجوز للمدين المتضامن أن يحتج بوجود دين آخر لأحد شركائه في الدين مترتب على الدائن . أما إذا احتج بالمقاصة للكفيل أو المدين المتضامن بعد أن يصبحا دائنين للدائن ، فالمقاصة تسقط الدين عن المدين الأصلي أو عن سائر المدينين ، ويحق لمؤلاء الإدلاء بالمقاصة .

م ٣٣٦ : متى وجدت بين شخصين عدة ديون قابلة للمقاصة ، تطبق القواعد الموضوعة لصيغ جهة الإيفاء .

(وهذه الأحكام متفقة مع أحكام التقنين المصري إما بالنصر أو بتطبيق القواعد العامة ، فيما هذا التضامن : في التقنين الباني إذا وقعت المقاصة بين أحد المدينين المتضامين والدائن دون أن يتمسك هذا المدين بها ، لم يحز لأي مدين متضامن آخر أن يحتج بهذه المقاصة ، أما في التقنين المصري فقد رأينا أن أي مدين آخر يحتج بالمقاصة لا يقدر حصة من وقت مده) .

حالة المقاصة كتميينها في حالة الوفاء . ونبحث كلا من هذه المسائل الثلاث .

٥٥٠ - المقاصة تقضى الدينين بقرره الاول منهما : المقاصة لها أثر

الوفاء في كل من الدينين المتقابلين ، إذ كل دين قد استوفى من الدين المقابل . فينتفى الدينان إذن ، إذا كانا متساويين .

ويترتب على انقضائهما أنه لو كان أحدهما أو كلاهما ينتج فائدة ، فإن الفوائد تنقطع من وقت الانقضاء ، أى من وقت تلاقى الدينين لا من وقت التمسك بالمقاصة فحسب . وقد تعادل منفعة كل من المدينين من وراء انقطاع الفوائد ، وقد لا تعادل . فإذا كان كل من الدينين ينتج فائدة سعرها معادل لسعر الفائدة في الدين الآخر ، ففي هذا القرض ، والدينان متساويان وسعر الفائدة متحد ، تعادل منفعة كل من المدينين بانقطاع الفوائد ، ولا يكسب أحدهما بانقطاعها أكثر مما يكسب الآخر . أما إذا كان أحد الدينين ينتج فائدة سعرها أكبر من سعر الفائدة التي ينتجها الدين الآخر ، أو كان أحد الدينين ينتج فائدة والدين الآخر لا ينتج فائدة ما ، فإن انقطاع الفوائد يفيد المدين الذي ينتج دينه فائدة ، أو ينتج فائدة أكبر ، أكثر مما يفيد المدين الآخر .

ويترتب على انقضاء الدينين أيضاً أن التأمينات التي كانت تكفل أياً منهما تقضى معه . فلو كان أحد الدينين مكفولاً بكفيل شخصي أو بكفيل عيني أو برهن أو امتياز أو اختصاص أو بغير ذلك من التأمينات الشخصية أو العينية ، فإن هذه التأمينات تزول بمجرد انقضاء الدين المكفول . ولكن يجب التأشير على هامش الفيد زوال التأمين ، حتى يَكول زواله سارياً في حق الغير (١) .

ومن أجل ذلك يجوز للكفيل الشخصي أن يتمسك بالمقاصة الواقعة بين المدين المكفول ودائته ، لأن هذه المقاصة تقضى الدين المكفول فتنتفى الكفالة بانقضائه (٢) . وهذا صحيح حتى لو كان الكفيل الشخصي متضامناً مع المدين ، فإن تضامن الكفيل مع المدين لا يخرج عنه أن يكون كفيلًا التزامه

(١) انظر الفقرة الأخيرة من المادة ٣٣٣ من تقنين الموجبات والمقود البناني .

(٢) انظر المادة ٣٣٤ من تقنين الموجبات والمقود البناني - وكذلك يجوز للكفيل العيني أن يتمسك بالمقاصة الواقعة بين المدين ودائته ، إذ المقاصة تقضى الدين المكفول ، فينتفى الرهن الواقع على مال الكفيل العيني .

تابع لالتزام المدين الأصلي ففى انقضى الالتزام الأصلي انقضى التزام الكفيل (١). أما المدين الأصلي فليس له أن يطلب المقاصة بما فى ذمة الدائن للكفيل (٢)، لأنه هو المدين وليس له أن ينفى دينه من مال الكفيل . ولكن يجوز للكفيل ، إذا رجع عليه الدائن ، أن يدفع بالمقاصة بين الدين المكفول ودين له فى ذمة الدائن (٣)، وله بعد ذلك أن يرجع على المدين الأصلي بما وقاه من دينه على هذا النحو (٤). أما المدين المتضامن فقد رأينا ، عند الكلام فى التضامن ، أنه يستطيع أن يدفع بالمقاصة الواقعة بين الدائن ومدين متضامن آخر ، ولكن بقدر حصة هذا المدين (٥).

هذا كله إذا كان الدينان المتقابلان متساويين . فإذا كانا غير متساويين ، ونفرض أن أحدهما ألف ينتج فوائد يسعر ٥ ٪ وله تأمينات تكفله والدين الآخر خمسمائة لا تنتج فوائد وليس لها تأمينات ، فإن المقاصة تقضى الدين بقدر الأقل منهما ، أى بقدر خمسمائة . فيقتضى الدين الآخر كله ، ويتبقى الدين

(١) بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٦٥ .

(٢) انظر المادة ٣٣٤ من تقنين الموجبات والمقود البناني — وانظر آنفاً فقرة ٥٢٢ .

(٣) انظر المادة ٣٣٤ من تقنين الموجبات والمقود البناني — وتكون المقاصة هنا اختيارية لا قانونية ، فلا يقتضى الدينان إلا من وقت التمسك بالمقاصة (انظر آنفاً فقرة ٥٢٣ فى الهامش) .

(٤) أما التقنين المدنى العراقى فتقضى المادة ٤١٢ منه ، حل التقيض من ذلك ، بما يأتى : « إذا كان التكفيل المحروم من حق التجريد دين على الدائن المكفول له من جنس الدين المكفول به ، فالدينان يلتزمان قصاصاً من غير رضاهما » . فالمقاصة فى التقنين العراقى قانونية لا اختيارية (انظر آنفاً فقرة ٤١ فى الهامش) .

(٥) قارن المادة ٣٣٤ من تقنين الموجبات والمقود البناني وهى لا تجيز لمدين المتضامن أن يحتج بالمقاصة أصلاً ولو بقدر حصة المدين المتضامن الذى وقعت معه المقاصة ، وقارن أيضاً المادة ٣/١٢٩٤ من التقنين المدنى الفرنسى وهى فى معنى التقنين البناني .

ونستذكر هنا خطأ فى شأن التقنين البناني ورد فى مناسبة المادة ٣٧ من هذا التقنين (انظر آنفاً ص ٣١٥ فى الهامش) . فقد قلنا هناك إن التقنين البناني يجعل لكل مدين متضامن الحق فى إسقاط الدين كله بالمقاصة . والصحيح أنه لا يستطيع ذلك إلا إذا وقعت المقاصة مع هو ووجع عليه الدائن فتمسك بها ، وفى هذا يتفق التقنين البناني مع سائر التقنينات العربية ومع التقنين الفرنسى . أما إذا تمسك المدين المتضامن بمقاصة وقعت مع مدين متضامن آخر دون أن يتمسك هذا المدين الآخر بها ، فإن هذا التمسك لا يفيد التمسك أصلاً ولا يستطيع هذا أن يستزل من الدين حتى حصة المدين الذى وقعت معه المقاصة . وفى هذا يتفق التقنين البناني مع التقنين الفرنسى ، ويخالف التقنينات العربية الأخرى .

الأول بقدر خمسمائة ، فيبقى منه خمسمائة تستمر في إنتاج الفوائد بسعر ٥ ٪ . وتستمر مكفولة بالتأمينات التي كانت تكفل الدين كله . وهنا نرى أن صاحب الدين الأول قد استوفى بحكم المقاصة جزءاً من دينه ، فهو قد أجبر على الاستيفاء الجزئي . ولكن ليس له أن يشكو من ذلك ، فانه لو استوفى حقه كاملاً وهو ألف ، لوجب عليه أن يؤدي منه في الحال خمسمائة للطرف الآخر ، فلا يبقى له إلا خمسمائة . وهذا هو عين المبلغ الباقي له في ذمة الطرف الآخر بعد إعمال المقاصة ، وله أن يستوفيه فوراً (١) .

٥٥١ - انقضاء الدين من الوقت الذي يصح به فيه صاحبه

للمقاصة : قدمنا أن المقاصة تقع من وقت تلاقى الدينين المتقابلين صاحبين للمقاصة ، أى متوافرة فيهما شروطها . فهي لا يتأخر وقوعها إلى وقت التسك بها ، بل هي مقاصة قانونية تقع بحكم القانون ، ولو بدون علم صاحب الشأن ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك (٢) .

فالمقاصة إذن تقع منذ تلاقى الدينين المتقابلين متوافرة فيهما شروطها (٣) . فإذا كان أحد الدينين أو كلاهما محلاً للزراع أو غير معلوم المقدار ، وقعت المقاصة من وقت حسم الزراع أو من وقت تحديد مقدار الدين . وإذا كان أحد الدينين

(١) بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٦٤ ص ٢٠٥ — ويلاحظ أنه إذا كان أحد الدينين المطلوب القصاص فيهما دون نصاب الاستئناف والدين الآخر يبلغ النصاب ، جاز رفع استئناف من الحكم الصادر في الدين الأول بالرغم من أنه لم يبلغ النصاب ، لأن الحكم تناول الدين الآخر وهو يملك (استئناف مغلط ٧ فبراير سنة ١٩٤٦ م ٥٨ م ٤٠) .

(٢) وحتى المقاصة التي تقع باعلان عن الإرادة ، كما هو الأمر في التقنيات الجرمانية ، فانها تستند إلى وقت تلاقى الدينين كما قدمنا .

(٣) وإذا رما المزداد على الدائن المرتهن للعقار ، وكان مقدماً على سائر الدائنين ، ف وقعت المقاصة بين الثمن الذي في ذمته للرأس به المزداد والمحق الذي له المكفول بالرهن ، فإن المقاصة تقع وقت النطق بحكم مرسى المزداد ، ففي هذا الوقت يثبت الثمن ديناً حالاً في ذمة الدائن المرتهن ، فيتلاقى الدينان متوافرة فيهما شروط المقاصة . ومن ثم لا يكون الدائن المرتهن في حاجة إلى أن يدرج اسمه في قائمة التوزيع بعد أن انقضى حقه بالمقاصة ، ويستطيع أن يتسك بالمقاصة عن طريق المعارضة في قائمة التوزيع النهائي (استئناف مغلط ١٣ يونيو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٣١١ — ١٦ ديسمبر سنة ١٩٤٧ م ٦٠ ص ٣١) .

أو كلاهما مؤجلا ، وقعت المقاصة من وقت حلول الأجل . وقس على ذلك سائر الشروط . ويتقاضى الدينان بقدر الأقل منهما بمجرد وقوع المقاصة ، ويكون للمقاصة نفس الأثر الذى للوفاء فى انقضاء كل من الدينين .

وتبقى المقاصة واقعة والدينان منقضين ، حتى لو تخلفت الشروط أو بعضها بعد ذلك عند التمسك بالمقاصة . وقد أوردت المادة ٣٦٦ مدنى مثلاً على ذلك ، فنصت على أنه « إذا كان الدين قد مضى عليه مدة التقادم وقت التمسك بالمقاصة ، فلا يمنع ذلك من وقوع المقاصة به رغم التمسك بالتقادم ، ما دامت هذه المدة لم تكن قد تمت فى الوقت الذى أصبحت فيه المقاصة ممكنة » . والنص يفترض أن هناك دينين متقابلين تلاقيا ، متوافرة فيهما شروط المقاصة ، قبل أن تمضى عليهما بطبيعة الحال مدة التقادم . وعند التمسك بالمقاصة كانت مدة التقادم قد انقضت بالنسبة إلى أحد الدينين . ولما كانت العبرة فى وقوع المقاصة بالوقت الذى تلاقى فيه الدينان صالحين للمقاصة ، لا بوقت التمسك بالمقاصة ، فإن الدينين فى وقت تلاقيهما لم يكن قد مضى على أى منهما مدة التقادم ، فوقعت المقاصة بينهما وانقضيا . ومن ثم يجوز التمسك بالمقاصة ، حتى لو كان وقت التمسك بها قد تقادم أحد الدينين وتمسك الدين بالتقادم ، لأن العبرة كما قلنا بوقت تلاقى الدينين لا بوقت التمسك بالمقاصة . وقد تقدمت الإشارة إلى ذلك (١) .

(١) انظر آنفاً فقرة ٥٢٨ - وانظر المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٨٢ - وقد كان هذا هو الحكم فى عهد التفتين المدنى السابق ، بالرغم من عدم اشتغال هذا التفتين على نص مماثل لنص المادة ٣٦٦ فى التفتين المدنى الجديد ، وذلك لأن الحكم ليس إلا تطبيقاً للقاعدة العامة التى تقضى بأن المقاصة تقع من وقت تلاقى الدينين . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان أحد الدينين قد استحق فى ٣٠ نوفمبر سنة ١٩١٥ والآخر فى آخر ديسمبر سنة ١٩٢٨ ، فإنه فى هذا الوقت الأخير لم يكن الدين الأول قد سقط الحق فى المطالبة به بمضى المدة ، فيتقابل الدينان فيه وتقع المقاصة بقدر أقلهما . ولا يمنع من حصول هذه المقاصة أن يكون قد طلبها صاحب الدين الأول بعد دعوى خصمه صاحب الدين الثانى عليه مهما استطالت المدة ، لأن المقاصة تقع حتى بدون طلب من ذوى الشأن ، فالمسك بها بعد رفع دعوى الخصم إنما هو تمسك بأمر قد وقع فعلاً بقوة القانون (نقض مدنى ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ٢ رقم ٢١ ص ٥٠ - انظر أيضاً : استئناف مخطط ٢٤ مايو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٣١٩) .

أما إذا كان قد مضى على كل من الدينين ، وقت التمسك بالمقاصة ، مدة التقادم ، فقد يرى الطرفان أنهما في غير حاجة إلى التمسك بالمقاصة ، لأن كلا منهما يستطيع أن يتمسك بالتقادم . ولكن لا يزال لهما حق التمسك بالمقاصة مادامت شروطها قد توافرت قبل انقضاء مدة التقادم ، والتمسك بالمقاصة خير لهما من التمسك بالتقادم ، لأن التمسك بالتقادم يتخلف عنه التزام طبيعي لا يتخلف عن التمسك بالمقاصة (١) .

٥٥٢ - تعيين جهة الدفع في المقاصة : وقد يتلاقى دين صالح للمقاصة من جهة مع ديون متعددة متقابلة معه من جهة أخرى هي أيضاً صالحة للمقاصة ، بأن يكون في ذمة أحد المدينين للآخر مثلاً ألف ، وفي ذمة الآخر له دينان أحدهما ألف غير مكفولة والدين الآخر ألف مكفولة بتأمين حيني . وتتلاقى هذه الديون جميعاً ، فتقع المقاصة بين الدين الأول وأحد الدينين المقابلين له ، فأى هذين الدينين هو الذي تقع فيه المقاصة ؟ تجيب على ذلك العبارة الأخيرة من المادة ٣٦٥ مدني بما يأتي : « ويكون تعيين جهة الدفع في المقاصة كتحيينها في الوفاء » . ومن ثم يجب تطبيق قواعد تعيين جهة الدفع (imputation des paiements) التي مرت بنا عند الكلام في الوفاء ، إذ المقاصة كما قلنا ضرب من الوفاء (٢) .

على أنه يجب أن يستبعد من هذه القواعد ما يرجع التمييز فيه إلى إرادة المدين

(١) هذا وقد يتلاقى الدينان متوافرة فيهما شروط المقاصة ، ثم يطرأ بعد ذلك على أحد الدينين ما يجعله ينتفي بغير آخر غير التقادم الذي نحن بصده ، كأن يمد أحد المدينين إلى تجديد دينه . ففي هذه الحالة إذا كان المدين قد جدد دينه وهو عالم بمحو التمسك بالمقاصة ، كان هذا التجديد بمثابة نزول ضمن من المقاصة يكون له حكم النزول وقد تقدم بيانه . أما إذا كان لا يعلم بوقوع المقاصة ، فإن التجديد يكون باطلاً ، لأن الدين المراد تجديده يكون قد انقضى بالمقاصة فلا يكون هناك محل للتجديد .

(٢) وتطبيقاً لهذه القواعد إذا تقابل دينان ، أحدهما حسنة مثلاً والآخر حسنة تضاعف إليه مائة هي المصروفات والفوائد ، ونعت المقاصة في الدين الآخر في المصروفات والقوائد أولاً ثم في رأس المال . فيتخصى الدين الأول كله . وينتفي من الدين الآخر المصروفات والقوائد أولاً وهي المائة ، ثم أربعمائة من رأس المال ، وتبقى مائة من رأس المال .

أو إلى إرادة الدائن ، فالمقاصة وفاء إجبارى يقع لا بإرادة المدين ولا بإرادة الدائن (١) . ويبقى من هذه القواعد ما يرجع التعيين فيه إلى حكم القانون . وفي المثل المتقدم أحد الدينين غير مكفول والدين الآخر مكفول بتأمين عيني ، فهذا الدين الآخر - وهو الدين الأشد كلفة على المدين (م ٣٤٥ مدني) - هو الذي تقع فيه المقاصة (٢) .

وغنى عن البيان أننا نفترض في المثل المتقدم أن الدينين المقابلين في جهة وجداً أولاً - متعاقبين أو متعاصرين - ثم وجد الدين المقابل في الجهة الأخرى . أما إذا وجد أحد الدينين أولاً ثم وجد الدين المقابل ، أو وجد الدين المقابل أولاً ثم وجد أحد الدينين ، فقد تلاقى عند ذلك دينان متقابلان وانقضيا بالمقاصة . فإذا وجد الدين الآخر بعد ذلك لم يكن الدين الذي ينقضى بالمقاصة ، حتى لو كان هو الدين المكفول . فلا بد إذن من أن يكون الدينان المتقابلان من جهة قائمين معاً وقت تلاقيهما مع الدين المقابل من جهة أخرى ، حتى يكون هناك محل لتطبيق القواعد المتعلقة بتعيين جهة الدفع . أما إذا كان أحد الدينين المقابلين هو الذي كان قائماً وحده ، فانه هو الدين الذي ينقضى بالمقاصة سواء كان هو الدين المكفول أو الدين غير المكفول (٣) .

(١) ولما كانت المقاصة في القوانين الجرمانية تتم بإعلان عن الإرادة كما قدمنا ، فهنا يتسع المجال لمن أعلن من إرادته في إيقاع المقاصة أن يعين أيًا من الديون المتعددة يريد إيقاع المقاصة فيه . وقد نصت المادة ٣٩٦ من التفتين المدني الألماني في هذا المعنى على ما يأتي : « إذا كان أحد الطرفين له حقوق متعددة تصلح كلها للمقاصة ، فلطرف الذي يوقع المقاصة أن يعين أيًا من هذه الحقوق يريد أن تقع فيه . فإذا وقعت المقاصة دون هذا التعيين ، أو حصل للتعيين ولكن للطرف الآخر اعترض عليه دون إبطاء ، وجب تطبيق أحكام الفقرة الثانية من المادة ٣٦٦ » . (أنظر التعليقات على التفتين المدني الألماني ١ م ٣٩٦ فقرة ١ — فقرة ٣) .

(٢) المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٨٢ — وأنظر أيضاً بودوى وبارد ٢ فقرة ١٨٦٤ ص ٢٠٦ .

(٣) ديمولومب ٢٨ فقرة ٦٥٥ - بودوى وبارد ٣ فقرة ١٨٦٤ ص ٢٠٦ - ويقترب على ذلك أنه إذا قام دين من جهة بـ ثم قام دينان متعاصران (أي في وقت واحد) متقابلان له من جهة أخرى ، فإن هذين الدينين يكونان قائمين معاً وقت تلاقيهما مع الدين المقابل ، ويكون هناك محل لتطبيق القواعد المتعلقة بتعيين جهة الدفع ، فينقضى الدين المكفول ويبقى الدين غير المكفول .

٢٥ - أثر المقاصة بالنسبة إلى الغير

٥٥٣ - النصوص القانونية : تنص المادة ٣٦٧ من التقنين المدني على ما يأتي :

- ١ - لا يجوز أن تقع المقاصة لإضراراً بحقوق كسبها الغير .
 - ٢ - فإذا أوقع الغير حجزاً تحت يد المدين ، ثم أصبح المدين دائئاً لدائته ، فلا يجوز له أن يتمسك بالمقاصة لإضراراً بالحاجز .
- وتنص المادة ٣٦٨ على ما يأتي :

- ١ - إذا حول الدائن حقه للغير ، وقبل المدين الحوالة دون تحفظ ، فلا يجوز لهذا المدين أن يتمسك قبل المحال له بالمقاصة التي كان له أن يتمسك بها قبل قبوله للحوالة ، ولا يكون له إلا الرجوع بحقه على المهيل .
- ٢ - أما إذا كان المدين لم يقبل الحوالة ولكن أعلن بها ، فلا تمنعه هذه الحوالة من أن يتمسك بالمقاصة (١) .

(١) تاريخ النصوص :

م ٣٦٧ : ورد هذا النص في المادة ٥٠٥ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٨٠ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٣٦٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٨٤ - ٢٨٥) .

م ٣٦٨ : ورد هذا النص في المادة ٥٠٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا أن الفقرة الثانية من النص في المشروع التمهيدى كانت تنتهى بالعبارة الآتية : « إلا إذا كان الحق الذى يريد المقاصة به ثبت فى ذمة المهيل بعد إعلان الحوالة » . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٣٨١ فى المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب . وفى لجنة مجلس الشيوخ حذفت العبارة السالفة الذكر ، لأنه بعد إعلان الحوالة ينتقل الحق من المهيل إلى المحال له ، فإذا ثبت فى ذمة المهيل المدين دين بعد ذلك ، لم يكن هناك محل للمقاصة ، ففى القواعد العامة ما يفنى عن هذه العبارة . وأصبحت المادة رقمها ٣٦٨ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٨٥ وص ٢٨٧ - ص ٢٨٨) .

وتقابل هذه النصوص في التقنين المدنى السابق للمادتين ٢٦١/١٩٧ و ١٩٩/٢٦٢ (١) .

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدنى السورى المادتين ٣٦٥ - ٣٦٦ - وفى التقنين المدنى الليبى المادتين ٣٥٤ - ٣٥٥ - وفى التقنين المدنى العراقى المادتين ٤١٥ و ٤١٧ - وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٣٣٥ (٢) .

وخلص من هذه النصوص أن المبدأ العام هو عدم جواز وقوع المقاصة لإضراراً بحقوق كسبها الغير (٣) . وقد أورد التقنين المدنى تطبيقيين هامين لهذا

(١) التقنين المدنى السابق م ٢٦١/١٩٧ : إذا أحال الدائن آخر بدين وقتت فيه المقاصة ، وقبل المدين الحوالة ، فلا يصح له بعد ذلك التسك بالمقاصة على المحتال ، إنما له أن يطلب المحيل بدينه .

م ٢٦٣/١٩٩ : وضع المحجز على ما فى ذمة المدين يمنع المدين المذكور من طلب المقاصة التى تحدث بعد المحجز . (وأحكام التقنين المدنى السابق متفقة مع أحكام التقنين المدنى الجديد) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٣٦٥ - ٣٦٦ (مطابقتان لمادتين ٣٦٧ - ٣٦٨ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى الليبى م ٣٥٤ - ٣٥٥ (مطابقتان لمادتين ٣٦٧ - ٣٦٨ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ٤١٥ (مطابقة لمادة ٣٦٧ من التقنين المدنى المصرى) .

م ٤١٧ : (مطابقة لمادة ٣٦٨ من التقنين المدنى المصرى مع إضافة عبارة « إلا إذا كان الحق الذى يريده المقاصة به ثبت فى ذمة المحيل بعد إعلان الحوالة » التى كان يتضمنها المشروع التمهيدى للتقنين المصرى — والحكم فى التقنين العراقى متفق مع الحكم فى التقنين المصرى : انظر الأستاذ حسن الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فترة ٣٦١) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٣٣٥ : إن المقاصة لا تؤثر فى حقوق شخص ثالث مكتسبة من قبل .

(وقد اقتصر التقنين اللبنانى على إيراد المبدأ دون النص على تطبيقاته . ولكن هذه التطبيقات يعمل بها فى لبنان لأنها مستمدة من هذا المبدأ) .

(٣) وقد سبق أن بينا أن المادة ٣٦٩ مدنى تقرر مبدأ مكرراً لهذا المبدأ ، هو أن لزول من المقاصة لا يجوز أن يضر بالغير ، فإذا وفى المدين ديناً وكان له أن يطلب المقاصة فيه بحق له ، فلا يجوز أن يتسك لإضرار بالغير بالتأمينات التى تكفل حق (أنظر آنفاً فقرة ٥٤٧) .

فلا يجوز إذن الأضرار بحقوق كسبها الغير ، لا عن طريق التسك بالمقاصة ، ولا عن طريق لزول منها .

المبدأ : (أولها) توقيع الحجز التحفظي على أحد الدينين المتقابلين . (والثاني) حوالة أحد الدينين المتقابلين وقبول المدين للحوالة دون تحفظ .

٥٥٤ - توقيع الحجز التحفظي على أحد الدينين المتقابلين : إذا تلاقى

دينان متقابلان صالحان للمقاصة ، فوقعت المقاصة بينهما ، فلا يحول دون ذلك أن يوقع حجز تحفظي على أحد هذين الدينين أو على كليهما ، حتى قبل التمسك بالمقاصة ، مادام الدينان قد توافرت فيهما شروط المقاصة قبل توقيع الحجز التحفظي . فالعبرة كما قلنا بوقت تلاقى الدينين صالحين للمقاصة ، لا بوقت التمسك بالمقاصة .

أما إذا وقع الحجز التحفظي على دين قبل نشوء دين مقابل صالح للمقاصة به (١)، فإن الدين المحجوز عليه يصبح غير قابل للمقاصة حماية لحق الدائن الحاجز . ونشوء دين مقابل لهذا الدين صالح للمقاصة بعد توقيع الحجز التحفظي على الدين لا يغير من عدم قابليته للمقاصة بعد أن تعلق به حق الغير ، إذ المقاصة لا تقع إضراراً بحقوق كسبها الغير .

فلو أن شخصاً في ذمته دين لشخص آخر ، ووقع حجز تحفظي على هذا الدين من دائن للدائن ، ثم نشأ بعد ذلك دين للمدين في ذمة الدائن صالح للمقاصة بالدين الأول ، فلا تقع المقاصة بالرغم من ذلك . ذلك أن في وقوعها إضراراً بحق الدائن الحاجز ، وهو من الغير في المقاصة . وكما أن المدين الذي وقع تحت يده الحجز لا يستطيع أن يوفى الدين المحجوز عليه للدائن بعد توقيع الحجز ، كذلك هو لا يستطيع أن يوفيه بعد توقيع الحجز بحق له في ذمة الدائن عن طريق المقاصة .

على أنه يجوز للمدين الذي وقع الحجز تحت يده ، فامتنعت عليه المقاصة ،

(١) ويسرى أن ينشأ الدين المقابل بعد توقيع الحجز أو قبله ، مادام لم يصلح المقاصة إلا بعد توقيع الحجز (المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٢٨٦ - استئناف مخطوط ١٠ يناير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ م ص ١٠٢ - وأنظر أيضاً المسادة ٣٩٢ من التفتين المدف الألمان والتعليقات على التفتين المدف الألمان في ١ م ٣٩٢ فقرة ١ - فقرة ٢) .

أن يوقع هو أيضاً حجزاً تحفظياً تحت يد نفسه ، فيشترك بذلك مع الدائن الحاجز الأول في اقتضاء حقه من الدين الذى فى ذمته ، ولكنه يشترك فى ذلك مع الدائن الحاجز الأول شركة الغرماء (١) .

٥٥٥ - موافقة أمر الدينين المتقابلين وقبول المدين الموافق دونه تحفظ :

والتطبيق الثانى الذى أورده التقنين المدنى للمبدأ القاضى بعدم جواز وقوع المقاصة إضراراً بحقوق كسبها الغير ، هو حالة ما إذا وقعت حوالة لأحد الدينين المتقابلين ، فتعلق بهذا الدين حق الغير وهو المحال له (٢) . وهنا يجب التمييز بين فرضين :

(الفرض الأول) أن تكون الحوالة قد سرت فى حق المدين بقبوله لها . فإذا قبل المدين الحوالة مع وجود حق له فى ذمة المحيل كان يستطيع أن يقاى به الدين موضوع الحوالة ، وكان قبوله للحوالة دون تحفظ ، فقد تعلق بالدين المحال به حق المحال له ، ولا يجوز بعد ذلك أن تقع المقاصة إضراراً بهذا الحق . ويستوى فى ذلك أن يكون المدين المحال عليه حالماً وقت قبوله الحوالة بالحق الذى له فى ذمة المحيل وبإمكان المقاصة به أو غير عالم بذلك (٣) . فان كان عالماً ،

(١) استئناف مخطط ٢ يناير سنة ١٩٢٠ م ٤٢ ص ١٤٠ - وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « ويعرض أول هذين التطبيقين عند توقيع حيز تحت يد المدين ، فإذا ترتب لهذا لمدين دين فى ذمة دائئه المحجوز على ماله ، بعد توقيع ذاك الحيز ، امتنع عليه التمسك بالمقاصة إضراراً بالحاجز . ومؤدى هذا أن الدين المحجوز لا يجوز القصاص فيه ، شأنه من هذا الوجه شأن الدين غير القابل للحيز . ولا يشترط فى هذه الحالة أن يترتب دين المدين فى ذمة دائئه بعد الحيز ، بل تمنع المقاصة كذلك ولو كان هذا الدين قد نشأ من قبل ما دامت شروطها لم تنافر عند توقيعه : قارن المادة ٣٩٢ من التقنين الألمانى . ويرامى أخيراً أن لدائن الذى تمنع عليه المقاصة فى هذه الحالة أن يحجز تحت يد نفسه ، فيتيسر له بذلك أن يشترك مع الحاجز الأول فى اقتسام الدين المحجوز عند التوزيع » (مجموعة الأعمال للتفسيرية ٣ ص ٢٨٦) .

(٢) استئناف مخطط ١٥ مايو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٧٩ .

(٣) ومع ذلك يجوز للدين أن يتمسك بالمقاصة ، ولو كان قد قبل الحوالة أو كان محجوزاً تحت يده قبل فشو حقه ، إذا كان هذا الحق الذى يقاى دينه به نشأ من نفس المصدر الذى نشأ منه الدين وكان من شأنه أن يحمده . ففى عقد البيع إذا كان البائع مديناً بضمان عيب ودائناً

وقبل مع ذلك الحوالة دون تحفظ ، حل ذلك منه على أنه قد نزل عن المقاصة بعد ثبوت حقه فيها ، وهذا جائز كما قدمنا . وفي هذه الحالة لا يجوز له التمسك بالمقاصة ضد المحال له بعد أن نزل عنها . ويعود له بطبيعة الحال حقه نحو المحيل الذي كان قد انقضى بالمقاصة قبل النزول عنها ، إلا أن التأمينات التي كانت تكفل هذا الحق لا تعود ، قياساً على الحكم الوارد في المادة ٣٦٩ مدني السابق ذكرها ، وهي تقضى بعدم جواز عودة التأمينات لإضراراً بحقوق الغير بعد النزول عن المقاصة . أما إذا كان المدين وقت قبوله للحوالة دون تحفظ غير عالم بالحق الذي له في ذمة المحيل ، فإن المقاصة مع ذلك تمتنع أيضاً ، لأنه قبل الحوالة دون تحفظ ، فتعلق حق الغير بالمدين ، والمقاصة لاتقع إضراراً بحق كسبه الغير كما قدمنا . ولكن يعود للمدين ، مع حقه نحو المحيل الذي عاد له ، التأمينات التي كانت تكفل هذا الحق ، لأن المدين لا يعتبر متنازلاً عن مقاصة كان لا يعلم بوقوعها ، وهذا كله قياساً أيضاً على المادة ٣٦٩ مدني السالفة الذكر وهي تميز عودة التأمينات إذا كان المدين يجهل وجود الحق الذي كان يصح أن يقاض به دينه .

(والفرض الثاني) أن تكون الحوالة قد سرت في حق المدين باعلانها له لا بقبوله إياها . وفي هذا الفرض لم يكن في استطاعة المدين تلافى الإضرار بالغير ، كما كان يستطيع في الفرض الأول الذي قبل فيه الحوالة دون تحفظ . فقد كان يستطيع في الفرض الأول ، إذا كان عالماً بوجود الحق ، أن ينبه المحال له إلى وقوع المقاصة ولا يقبل الحوالة . وإذا لم يكن عالماً بوجود الحق ، فإن قبوله للحوالة دون تحفظ من شأنه أن يوهم المحال له أن الحوالة وقعت على محل قابل له ، فوجب أن يتحمل تبعه القبول الصادر منه دون تحفظ (١) . أما في الفرض الثاني الذي نحن بصددده ، وهو لم يصدر منه قبول للحوالة بل أعلن بها ، فلا ذنب له ،

— بالتمن ، ووقعت المقاصة بين الدينين ، ولكن البائع حول التمن إلى أجنبي وقبل المشتري الحوالة ، أو وقع دائن البائع حيزاً على التمن تحت يد المشتري قبل وقوع المقاصة ، فقبول المشتري الحوالة أو توقيع الحيز التحفظي تحت يده لا يمنعه من التمسك بالمقاصة بين التمن وبينه (المهيب استئناف مخطط ٨ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٣٥ - ٧ مايو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٤٧) .

(١) الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ٢٩٣ ص ٣٦٩ .

إذ هو لم يقبل الحوالة فيجر قبوله المحال له إلى الوهم الذي وقع فيه في الفرض الأول . ومن ثم وجب إعمال المقاصة بين الدينين بعد أن تلاقيا صاحبين لما قبل صدور الحوالة ، وتكون الحوالة واردة على حق انقضى بالمقاصة ، فتقع باطله . ويستطيع المدين إذن أن يحتج بالمقاصة على المحال له في هذا الفرض ، ولا يمنعه من ذلك إلا أن يكون الحق الذي يقاس به دينه قد ثبت بعد إعلان الحوالة له ، ففي هذه الحالة لا تقع المقاصة لأن الدين المحال به لم يتلاق مع الدين المقابل ، بل انتقل إلى المحال له قبل ذلك ، فأصبح غير صالح للمقاصة (١) .

الفرع الثاني

المقاصة الاختيارية والمقاصة القضائية

٥٥٦ - كوت التقنين المدني من المقاصة الاختيارية والمقاصة القضائية:

والتقنين المدني ، عندما عرض للمقاصة ، لم يقصد إلا المقاصة القانونية التي سبق أن بسطنا أحكامها . أما المقاصة الاختيارية (٢) ، وأما المقاصة القضائية ،

(١) أنظر تاريخ المادة ٣٦٨ مدني آنفاً فقرة ٥٥٣ في الهامش — وأنظر ديرانتون ١٢ فقرة ٤٣٤ — فقرة ٤٣٦ — ماركاديه ٤ فقرة ٨٤٢ — ديمولومب ٢٨ فقرة ٥٧٥ — فقرة ٥٧٩ — لوران ١٨ فقرة ٤٦٧ — هيك ٨ فقرة ١٦٥ — أوبري ورو ٤ فقرة ٣٢٨ ص ٣٤٧ — بودري وبارد ٣ فقرة ١٨٧٥ — فقرة ١٨٨٠ .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « أما التطبيق الثاني فيتحقق إذا حول الدائن حقه الغير وقبل المدين هذه الحوالة دون تحفظ . فلا يجوز لهذا المدين أن يتسك بالمقاصة إضراراً بالمحال له ، ولو كان له أن يتسك بها من قبل . ولا يمكن لمن يفوت عليه التسك بالمقاصة حل هذا الوجه إلا أن يرجع بدينه على المحيل ، دون أن يكون له أن يتسك بالتأمينات التي أنشئت لضمان الوفاء بهذا الدين إضراراً بالغير . ولكن إذا كان المدين قد أعلن بالحوالة دون أن يقبلها ، فلا يحول هذا الإعلان بينه وبين التسك بالمقاصة . وغنى عن البيان أنه لا يجوز للمدين أن يتسك بالمقاصة بين دين وجب له في ذمة دائته وبين الدين المحال به ، إذا كان دينه هو قد ترتب بعد إعلان الحوالة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٨٦) .

(٢) ورد في التقنين المدني المراقى نص في المقاصة الاختيارية ، هو نص المادة ٤٠٩ من هذا التقنين (أنظر آنفاً فقرة ٥٣٢ في الهامش) . ولم يرد له نظير ، لا في التقنين المدني المصري ، ولا في التقنينات المدنية العربية الأخرى .

فقد سكت عنهما ، وترك أحكامهما تسرى عليها القواعد العامة ، وبخاصة قواعد قانون المرافعات فيما يختص بالمقاصة القضائية .

وسنورد في إيجاز أحكام كل من هذين النوعين من المقاصة ، مستمدتين إياها من القواعد العامة .

المبحث الأول

المقاصة الاختيارية

(Compensation facultative ou conventionnelle)

٥٥٧ - الاموال التي تجرى فيها المقاصة الاختيارية : قد يوجد دينان ولكن لا تتوفر فيهما كل شروط المقاصة القانونية التي أوردناها .

فقد لا يكون هناك تقابل ما بين الدينين ، بأن يكون أحد الدينين في ذمة الدائن للكفيل والدين الآخر في ذمة المدين للدائن ، وقد علمنا أن المقاصة القانونية لا تقع في دين للكفيل في ذمة الدائن . وقد يكون الدين في ذمة المدين للدائن والدين الآخر في ذمة الدائن لأجنبي ، فلا تقع المقاصة القانونية ما بين الدينين لأنهما غير متقابلين .

وقد لا يكون هناك تماثل في المحل ما بين الدينين ، فقد يكون محل أحد الدينين مقداراً معيناً من القطن ويكون محل الدين الآخر نقوداً أو مقداراً معيناً من القمح ، فلا تجرى المقاصة القانونية ما بين الدينين لعدم التماثل في المحل .

وقد يكون أحد الدينين غير صالح للمطالبة به قضاء بأن يكون التزاماً طبيعياً يقابله التزام مدني ، فلا تجرى المقاصة القانونية ما بين هذين الالتزامين .

وقد يكون أحد الدينين غير خال من النزاع أو غير معلوم المقدار ، فتمتنع المقاصة القانونية ما بين الدينين .

وقد يكون أحد الدينين غير مستحق الأداء بأن كان مضافاً إلى أجل ، فلا تجرى المقاصة القانونية بينه وبين دين مقابل مستحق الأداء .

وقد يكون أحد الدينين غير قابل للحجز كدين النفقة ، فتمتنع المقاصة القانونية بينه وبين دين مقابل قابل للحجز .

وقد يكون أحد الدينين مما لا تجرى فيه المقاصة القانونية استثناء ، كأن يكون شيئاً نزع دون حق من ماله أو شيئاً مودعاً أو معاراً .

وقد استعرضنا فيما قدمناه الأسباب المختلفة التي تمنع من وقوع المقاصة القانونية ، سواء كان ذلك يرجع لاختلال شرط من شروط هذه المقاصة أو يرجع لعدم صلاحية الدين نفسه للمقاصة لاعتبار خاص فيه .

وهذه الأسباب المختلفة ترجع إلى رعاية مصلحة أحد الطرفين أو إلى رعاية مصلحتهما معاً ، لأن المقاصة القانونية إنما شرعت لمصلحة خاصة ، فهي ليست من النظام العام كما قدمنا .

فاذا تبين أن سبباً منها يرجع إلى رعاية مصلحة أحد الطرفين ، ونزل هذا الطرف عن حقه ، فيكفي أن يعلن إرادته في إجراء المقاصة حتى تجرى ، ولكنها تجرى مقاصة اختيارية لا مقاصة قانونية . وإذا تبين أن السبب يرجع إلى رعاية مصلحة كل من الطرفين ، فلا بد أن يتفق كلاهما على إجراء المقاصة ، ولا يكفي رضا أحدهما ، فاذا اتفقا أجريت المقاصة اختيارية لا قانونية (١) .

ولنستعرض الآن مرة أخرى الأحوال التي قدمناها ، لترى كيف تتم المقاصة الاختيارية في كل منها ، أتم بارادة أحد الطرفين أم لاثم إلا باتفاقهما .

فأما إذا لم يوجد تقابل بين الدينين ، كأن يكون أحد الدينين في ذمة الدائن للكفيل أو في ذمة الدائن لأجنبي ، فانه إذا لم يجز للمدين أن يتمسك بالمقاصة

(١) حل أن المقاصة الاختيارية حدوداً لا تتخطاها إرادة الطرفين ، وهذه هي منطقة النظام للمسام . فهي لا تجوز بعد شهر الإفلاس ، بل ولا في المدة المشتبه فيها . كذلك لا يجوز أن يجبرها رب العمل في الديون التي له حل الفمال يقاس بها مرتباتهم وأجورهم (بلاتويل وريسر ووهوان ٧ فقرة ١٢٩٤) .

بين الدين الذى فى ذمته للدائن والدين الذى فى ذمة الدائن للكفيل ، فان الكفيل له أن يتمسك بالمقاصة بين الدين المكفول والدين الذى له فى ذمة الدائن ، وبذلك تم مقاصة اختيارية ما بين الدينين أجراها الكفيل بإرادته وحده ، وكانت المقاصة القانونية ممتعة لمصلحته فنزل عن هذه المصلحة (١) . كذلك إذا لم يجز للمدين أن يتمسك بالمقاصة بين الدين الذى فى ذمته للدائن والدين الذى فى ذمة الدائن للأجنبي ، فان الأجنبي يستطيع بإرادته وحده أن يجرى مقاصة اختيارية بين الدين الذى فى ذمة الدين للدائن والدين الذى فى ذمة الدائن له ، وكانت المقاصة القانونية ممتعة لمصلحته فنزل عن هذه المصلحة (٢) .

وإذا لم يوجد تماثل فى المثل ما بين الدينين ، كأن يكون محل أحدهما قطعاً ومحل الآخر قعاً أو نقوداً ، كان من الممكن إجراء المقاصة الاختيارية ، بأن يتفق الطرفان معاً على إجراء هذه المقاصة ما بين الدينين وإن لم يتماثل المثل فيهما . وكانت المقاصة القانونية ممتعة لمصلحة كل من الطرفين ، فنزلا عن هذه المصلحة باتفاقهما (٣) .

وإذا كان أحد الدينين غير صالح للمطالبة به قضاء ، كالالتزام الطبيعى ، جاز للملتزم بإرادته وحده أن يجرى المقاصة الاختيارية بين هذا الالتزام الطبيعى الذى عليه لدائته والزام مدنى فى ذمة دائته له . ذلك أن المقاصة القانونية إنما امتنعت رعاية لمصلحته وحده ، وقد نزل عن هذه المصلحة .

وإذا كان أحد الدينين غير خال من النزاع ، أمكن المدين فى هذا الدين

(١) أنظر آنفاً فقرة ٥٢٣ فى الماشى وفترة ٥٥٠ .

(٢) بل يستطيع الأجنبي أن يحول حقه قبل الدائن إلى المدين ، ويكون إعلان الدائن لتسكون الحوالة نافذة فى حقه . فإذا تمت الحوالة أصبح للمدين دائناً لدائته ، فوقعت المقاصة القانونية بين الدينين (بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٨٥ ص ٢٢٥) — أنظر فى ذلك : لاوومير ٥ م ١٢٩٣ فقرة ١٨ — ديولومب ٢٨ فقرة ٧٦ — فقرة ٧٧ — بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٨٥ — عكس ذلك : ديبراتون ١٢ فقرة ١٧ — لوران ١٨ فقرة ٤٢٠ . وكذلك يستطيع الأجنبي أن يقبل حوالة الدين الذى فى المدين إلى ذمته ، برضاء الدائن أو بإقراره وفقاً لقواعد المقررة فى حوالة الدين ، فيصبح مديناً للدائن ودائناً له ، فضع المقاصة (أنظر آنفاً فقرة ٥٢٣ فى الماشى) .

(٣) أنظر تطبيقاً تشريعياً فى التنتين المدنى للفرنسى فى المادة ٢/١٢٩١ من هذا التنتين .

وأنظر بلافول وديبر ودهوان ٧ فقرة ١٢٩٣ .

أن ينزل عن المنازعة فيه ، فيجربى بارادته وحده المقاصة الاختيارية بين الدينين .
كذلك إذا كان أحد الدينين غير معلوم المقدار ، أمكن الطرفين معاً أن يحددا
مقداره ، وأن يجربيا المقاصة الاختيارية بين الدينين باتفاقهما .

وإذا كان أحد الدينين مضافاً إلى أجل والدين الآخر مستحق الأداء ،
فمن كان الأجل في مصلحته له أن ينزل عنه . فان كان هو المدين أو كان هو
الدائن ، أجرى المقاصة الاختيارية بارادته وحده . وإن كان الأجل لمصلحة
الطرفين معاً ، أجريت المقاصة الاختيارية باتفاقهما .

وإذا كان أحد الدينين غير قابل للحجز ، كأن كان على الدائن بالنفقة دين
في ذمته لمدينه ، جاز لهذا الدائن أن يجربى المقاصة الاختيارية بارادته وحده
بين دين النفقة الذى له والدين الذى في ذمته .

وإذا كان أحد الدينين مما لا تجربى فيه المقاصة القانونية ، كأن كان شيئاً نزع
دون حق من ماله أو كان شيئاً مودعاً أو معاراً ، جاز لمن نزع منه ملكه
أو للمودع أو للمعير أن يجربى المقاصة الاختيارية بارادته وحده بين الدينين .

ونرى من ذلك أن المقاصة الاختيارية يمكن إجراؤها حيث يقوم مانع من
وقوع المقاصة القانونية ، ويكون هذا المانع قد روعيت فيه مصلحة أحد
الطرفين أو كليهما . فينزل من روعيت مصلحته عن هذه المصلحة ، فيتم إجراء
المقاصة الاختيارية بارادة أحد الطرفين أو باتفاقهما معاً بحسب الأحوال (١).

٥٥٨ - الآراء التى تترتب على المقاصة الاختيارية : رأينا أن

المقاصة القانونية تقع بمجرد تلاقى الدينين . بل إن المقاصة التى تتم باعلان عن
الإرادة ، فى القوانين الجرمانية ، تقضى الدينين من وقت تلاقعهما بأثر رجعى .
وهذا بخلاف المقاصة الاختيارية ، فانها لا تنتج أثرها إلا من وقت إعلان
صاحب المصلحة لإرادته فى إجرائها . فلا تستند إلى الماضى ، ولا ينقضى الدينان
من وقت تلاقعهما ، بل من وقت إعلان الإرادة فى إجرائها ، إرادة أحد

(١) بلانيول وريبير ودواان ٧ فقرة ١٢٩٢ .

الطرفين أو إرادة كل منهما بحسب الأحوال (١).

وتقتضى المقاصة الاختيارية الدينين معاً كما تقتضيهما المقاصة القانونية ، فتنتقطع الفوائد ، وتزول التأمينات . ولا يجوز الرجوع في المقاصة الاختيارية ، ولو كانت قد تمت بإرادة أحد الطرفين ، إلا باتفاقهما معاً . وإذا اتفق الطرفان على الرجوع فيها ، لم يضار الغير بذلك ، فلا تعود التأمينات التي تكون قد زالت ، توقيفاً للإضرار بحقوق الغير (٢).

ولا يجوز أن تتضمن المقاصة الاختيارية وفاء جزئياً يجبر عليه الدائن . فلا يجوز إجراء مقاصة اختيارية بين دينين غير متساويين ، إلا برضاء الدائن بالدين الأكبر ، وقد قدمنا أن الوفاء الجزئي لا يجوز إلا برضاء الدائن (٣).

المبحث الثاني

المقاصة القضائية

(Compensation judiciaire ou reconventionnelle)

٥٥٩ — الأحوال التي تجرى فيها المقاصة القضائية : تجرى المقاصة

القضائية أمام القضاء بدعوى عارضة من المدعى عليه كما سنرى . ولا بد أن

(١) نفقض مدني ٤ أبريل سنة ١٩٤٦ بمجموعة عمر ٥ رقم ٥٧ ص ١٤٤ — ديولوب ٢٨ فقرة ٦٧١ — فقرة ٦٧٣ — لارومبيير ٥ م ١٢٩٣ فقرة ١٦ — لوران ١٨ فقرة ٤٦٩ — بودري وبارد ٣ فقرة ١٨٨٧ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٩٥ .

وإذا وقع نزاع في صحة إجراء المقاصة الاختيارية ، حكم القاضي النزاع . ولكن لا تنقلب المقاصة الاختيارية بذلك إلى مقاصة قضائية ، فإن القاضي لا يملك في المقاصة الاختيارية سلطة تقديرية ، بل يتعين عليه أن يقضى بوقوعها إذا كانت شروطها متوافرة . وهو يملك هذه السلطة التقديرية في المقاصة القضائية ، كما سنرى . وإذا رفع الدائن على المدعى دعوى الدين ، وأراد المدعى إجراء المقاصة الاختيارية ، لم يكن في حاجة إلى رفع دعوى فرعية كما هو الأمر في المقاصة القضائية على ما سنرى ، بل يكفي أن يقدم إلى المحكمة طلباً بذلك (بودري وبارد ٣ فقرة ١٨٨٦) .

(٢) بودري وبارد ٣ فقرة ١٨٨٦ ص ٢٢٦ .

(٣) ديولوب ٢٨ فقرة ٦٦٤ — هيك ٨ فقرة ١٧٢ — بودري وبارد ٣ فقرة ١٨٨٤ —

عكس ذلك لارومبيير ٥ م ١٢٩٣ فقرة ١٤ .

تكون في دينين متقابلين^(١) تمتنع فيهما على المدعى عليه المقاصة القانونية ، وتتعدر المقاصة الاختيارية . ذلك أنه لو كانت المقاصة القانونية جائرة ، لوقعت من تلقاء نفسها بحكم القانون ومن وقت تلاقى الدينين ، ولما احتاج المدعى عليه أن يرفع بها دعوى عارضة ، بل لاقتصر على الدفع بالمقاصة القانونية ، ولتحتج على القاضي الحكم بها متى ثبت له وقوعها . وكذلك لو كانت المقاصة الاختيارية ممكنة للمدعى عليه لاستطاع بإرادته وحده أن يجرى هذه المقاصة فتقع من وقت إعلان هذه الإرادة ، ولما احتاج إلى دعوى عارضة ، بل اقتصر على الدفع بوقوع المقاصة الاختيارية ، فتحتج على القاضي الحكم بها .

فالمقاصة القضائية تكون إذن في الأحوال التي لا تتوافر فيها شروط المقاصة القانونية ، ويكون الشرط أو الشروط المتخلفة ليست من الشروط التي روعيت فيها مصلحة المدعى عليه وحده وإلا لأمكن هذا أن ينزل عنها وأن يجرى المقاصة الاختيارية بدلا من الالتجاء إلى المقاصة القضائية الأكثر تعقيداً . ويبدو أن المقاصة القضائية تكون حيث يتخلف من شروط المقاصة القانونية أحد شرطين : الخلو من النزاع ومعلومية المقدار^(٢) . فتقابل الدينين وصلاحيتهما للمطالبة بهما قضاء وقابليتهما للحجز واستحقاقهما للأداء^(٣) ، كل

(١) ولا يشترط أن يكون بين الدينين أية رابطة (لارومبيير م ٥ ١٢٩٣ م ٢٠ - ديجولومب ٢٨ فقرة ٦٨٩ - فقرة ٦٩٠ - لوران ١٨ فقرة ٤٨١) . ولكن القضاء الهلجكي يشترط وجود رابطة بين الدينين (أنسيلويدي دالوز ١ لفظ compensation فقرة ٢٤٠) .

(٢) ولما كان التقنين المدني الألماني يميز المقاصة القانونية في الديون غير الخالية من النزاع (انظر آنفاً فقرة ٥٢٦ في الهامش) ، فقد أصبحت المقاصة القضائية ليس لها إلا عمل محدود جداً في هذا التقنين (انظر التعليقات على التقنين المدني الألماني جزء أول م ٣٨٧ فقرة ٢ - فقرة ٣) .

(٣) على أن هناك طريقة عملية لمقاصة دين مؤجل في دين مستحق الأداء ، إذا رأى القاضي في ظروف معينة أن هذه المقاصة عادلة . وسيله إلى ذلك أن يمنح الدين في الدين المستحق الأداء فترة المهلة ، ويجعل النظره تمتد إلى وقت حلول الأجل في الحق الذي للدين على الدائن . فتنتفي نظره المهلة في الدين في الوقت الذي يحل فيه الأجل في الحق ، فيصبح الدينان مستحق الأداء ، فيتقاضان (انظر في ذلك بودي وهارد ٣ فقرة ١٨٨٩ - أنسيلويدي دالوز ١ لفظ compensation فقرة ٢٤٢) .

هذه شروط لابد من توافرها حتى في المقاصة القضائية ، ولا يتصور أى نوع من المقاصة بدونها . كذلك التماثل في المحل ما بين الدينين لابد منه حتى في المقاصة القضائية ، فبدون التماثل لا يمكن القاضي أن يستنزل أحد الدينين من الدين الآخر ، وليس أمامه إلا أن يقضى بالدينين جميعاً ، وهذه ليست مقاصة (١) . فلا يبقى إذن إلا أن يكون الدينان خاليين من النزاع معلوى المقدار وهذان شرطان يمكن أن يتخلف أحدهما أو كلاهما ، وهنا يلجأ المدعى عليه إلى المقاصة القضائية ، إذا تعذرت عليه المقاصة الاختيارية بأن يكون حسم النزاع في الدين أو تحديد مقداره متوقفاً على رضا الطرف الآخر وبأى هذا أن يتفق معه .

فإذا رفع المدعى دعوى يطالب فيها المدعى عليه بدين معلوم المقدار بموجب سند مكتوب ، فادعى المدعى عليه أن له في ذمة المدعى تعويضاً وطلب المقاصة به فتازع المدعى في التعويض أو سلم به ولكنه دفع بأنه تعويض لم يقدر ، فهنا لا يستطيع المدعى عليه أن يدفع دعوى المدعى ، لا بالمقاصة القانونية لأن شروطها لم تتوافر ، ولا بالمقاصة الاختيارية لأن الشرط المتخلف لا يستطيع المدعى عليه وحده أن ينزل عنه بل لابد من رضا المدعى وهو يأبى . فلا يبقى أمام المدعى عليه إلا المقاصة القضائية ، يلجأ إليها على الوجه الذى تنولى الآن بيانه (٢) .

(١) بودوى وهارد ٣ فقرة ١٨٨٩ — بلانويول وريير وردوان ٧ فقرة ١٢٩٦ — جوسران ٢ فقرة ٩٤٤ — دى باج ٢ فقرة ٦٦٧ — الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ١٠٠ — الأستاذ إسماعيل خانم في أحكام الالتزام فقرة ٢٩٦ .

(٢) وقد يكون الدين الذى المدعى هو أيضاً محل نزاع أو غير معلوم المقدار ، ومن أجل ذلك رفع به الدعوى . فإذا تنازع شخصان ، ورفع كل منهما على الآخر دعوى تعويض ، جاز للقاضي أن يحرم المقاصة القضائية بين الطرفين . وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه إذا تناول كل من طرفي الخصوم على صاحبه بالثذف ، وطلب كلاهما من الآخر تعويضاً ، جاز للمحكمة الحكم ب سقوط حق كل منهما قبل الآخر لتكاثر الدعوات (١٢) مايو سنة ١٩٠٠ الهجوية الرسمية ٢ ص ٥٢) .

٥٦٠ - كيف تجري المقاصة القضائية وما يترتب عليها من الاستثناء:

لا تكون المقاصة القضائية إلا في صورة دعوى أمام القضاء ، وهي عادة تكون عارضة (demande reconventionnelle) يرفعها المدعى عليه على المدعى يدفع بها الدعوى الأصلية (١) . وقد نصت المادة ١٥٢ من تقنين المرافعات على هذه الدعوى صراحة ، إذ تقول : « للمدعى عليه أن يقدم من الطلبات العارضة : (١) طلب المقاصة القضائية . . . » .

ويطلب المدعى عليه في هذه الدعوى العارضة من القاضي أن يسقط قصاصاً الدين المطلوب منه في دين يدعيه على المدعى ، بأن يفيض النزاع في خصوص هذا الدين الذي يدعيه على المدعى إذا كان الدين متنازعاً فيه ، أو أن يعين مقدار هذا الدين إذا لم يكن معلوم المقدار ، ثم يجري المقاصة القضائية بعد ذلك (٢) .

وللقاضي حرية كاملة في تقدير هذا الطلب الذي يتقدم به المدعى عليه في دعواه العارضة . فقد يرى منذ البداية أن هذه الدعوى العارضة ليس لها أساس واضح ، فيرفض النظر فيها ويقتصر على النظر في الدعوى الأصلية ، ويبقى للمدعى عليه أن يرفع دعوى مستقلة بما يدعيه من الدين إذا شاء . وقد يرى القاضي أن الدعوى العارضة لها أساس ، ولكنها من التعقيد والغموض بحيث تكون في حاجة إلى تحقيق واسع وإجراءات طويلة من شأنها أن تعطل الفصل في الدعوى الأصلية ، فيرفض هنا أيضاً النظر فيها ، مع الدعوى الأصلية ،

(١) ويجوز أن يبادر الطرف صاحب الحق المتنازع فيه أو غير معلوم المقدار إلى رفع دعوى أصلية بحقه ، دون أن ينتظر رفع دعوى عليه من الطرف الآخر ، وذلك حتى يصل من طريق القضاء إلى حكم النزاع في حقه أو إلى تحديد مقداره ، تمهيداً لإجراء المقاصة . وفي هذه الحالة يحسن به أن يحتاط ، فيبادر عند رفع الدعوى إلى توقيع حيز تحت يد نفسه على الدين الذي في ذمته الطرف الآخر ، حتى لا يمس هذا إلى التصرف فيه ، كأن يحوله إلى آخر قبل أن تصبح المقاصة ممكنة (بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٩٦) .

(٢) ولا يجوز للمدعى أن يدفع هذه الدعوى العارضة بدعوى عارضة أخرى ، إلا إذا كانت الدعوى العارضة الأولى من شأنها إذا نجحت ألا تقتصر على استنفاد الدين الذي له ، بل تزيد على هذا الدين فتجعل المدعى مدعيّاً للمدعى عليه (بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٩٣ — أنسيكلوبيدي دالوز ١ لنظ compensation فقرة ٢٤٣) .

مستقبياً إياها للفصل فيها فيما بعد ، أو تاركاً للمدعى عليه أن يرفع بطلبه دعوى مستقلة (١) . وقد يرى القاضى أخيراً أن الدعوى العارضة مما يتيسر البت فيه مع الدعوى الأصلية ، فينظر الدعويين معاً (٢) ، وقد يرفض إحداها دون الأخرى ، أو يرفضهما معاً ، أو يقبلهما معاً ، بحسب الأدلة التى تتقدم بها الخصوم . وإلى كل ذلك تشير المادة ١٥٥ من تقنين المرافعات ، إذ تنص على أن « تحكم المحكمة على وجه السرعة فى كل نزاع يتعلق بقبول الطلبات العارضة أو التدخل . ولا يترتب على الطلبات العارضة أو التدخل ارجاء الحكم فى الدعوى الأصلية متى كانت صالحة للحكم فيها . وتحكم المحكمة فى موضوع الطلبات العارضة أو طلبات التدخل مع الدعوى الأصلية كلما أمكن ذلك ، وإلا استبقت الطلب العارض أو طلب التدخل للحكم فيه بعد تحقيقه (٣) » .

(١) فلا يطل القاضى دون مقتضى الفصل فى الدعوى الأصلية ، وبخاصة إذا كان غير مختص بنظر الدعوى العارضة اختصاصاً نوعياً (استئناف مخطوط ١٨ ديسمبر سنة ١٨٨٩ م ٢ ص ٢٣٧) ، أو رأى أن الدعوى العارضة إنما أريد بها تحليل الدعوى الأصلية : استئناف مخطوط ١٥ أبريل سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢١٧ — ١٦ ديسمبر سنة ١٨٩٧ م ١٠ ص ٥٢ — ٩ فبراير سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ١٢٥ — ١١ يناير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٧٥ — ١٣ ديسمبر سنة ١٩٠٠ م ١٣ ص ٤٧ — ٧ مارس سنة ١٩٠٧ م ٢٩ ص ١٤٠ — ٢٧ يناير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ١٤٦ — ٢ مارس سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ١٦٦ — ٨ ديسمبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ ص ٦٨ — ١٠ يونيو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٥٩ — ٥ أبريل سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٣٥ — ١٧ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٣٨ — ٢٨ مارس سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٣٠ — ٢٠ مارس سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٢٢٨ — ٩ ديسمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ ص ٦٧ — ١١ يونيو سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٢٩١ — ٤ نوفمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ١١ — ٢١ نوفمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ٤٣ — ١٤ يونيو سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤٣٢ — ٢ أبريل سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٢٩ — ٤ نوفمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ١ . ولا تقبل دعوى عارضة المقاصة فى حق ملكية مرفوع به دعوى أصلية : استئناف مخطوط ٣١ مارس ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٠٤ .

(٢) وبخاصة إذا كانت الدعوى العارضة مرتبطة بالدعوى الأصلية ارتباطاً وثيقاً ، فإن هذا يجرى مجرى مناسباً لقبول النظر فيها ، والفصل فى الدعويين معاً لإجراء المقاصة إن كان لها وجه : استئناف مخطوط ٢١ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣١٠ . وأنظر أيضاً : استئناف مخطوط ١١ أبريل سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٢٢١ — ٢٣ يناير سنة ١٩٠٧ م ٢٩ ص ٩٩ — ٢٤ أبريل سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٣٩٩ — ٢٥ أكتوبر سنة ١٩٣٣ م ٤٩ ص ٢ .

(٣) وقد يؤقت القاضى الدعوى الأصلية ، حتى يترك للمدعى عليه فرصة لتصفية الحق الذى له فى ذمة المدعى ، تمهيداً لإجراء المقاصة : استئناف مخطوط ١٦ مارس سنة ١٨٩٨ م ١٠ =

فاذا قبل القاضى كلا من الدعوى الأصلية والدعوى العارضة، بعد أن فض النزاع فى شأن الدين الذى يدعيه المدعى عليه فى ذمة المدعى أو بعد أن عين مقداره ، فانه يجرى المقاصة القضائية بين الدينين بعد أن أصبحت المقاصة ممكنة . فينقضى الدينان بقدر الأقل منهما ، كما فى المقاصة القانونية . فاذا كان دين المدعى هو الأكبر ، قصى له بما زاد به دينه . وإذا كان دين المدعى عليه هو الأكبر ، قضى للمدعى عليه بالزيادة . وإذا كان الدينان متساويين ، قضى بإيقاع المقاصة فى كل من الدينين وبانقضاءهما معاً .

وحكم القاضى هو الذى ينشئ المقاصة القضائية، ومن ثم لا تنفع هذه المقاصة إلا من وقت صدور الحكم بها، لا من وقت رفع الدعوى العارضة ، لأن الحكم هنا منشىء وليس كاشفاً . وفى هذا تختلف المقاصة القضائية عن كل من المقاصة القانونية التى تقع من وقت تلاقى الدينين ، والمقاصة الاختيارية التى تقع من وقت إعلان الإرادة فى إجرائها (١) .

— ص ١٩٦ — بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٨٨ . وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن ليس للدائن الذى دينه معلوم المقدار أن يجرى تنفيذ حكمه ، بل يجب عليه الانتظار حتى يضمن الدين الذى لديه فتحصل المقاصة (٢١ ديسمبر سنة ١٩١٤ الشرائع ٢ رقم ١٣١ ص ١٢٢) .
(١) لوران ١٨ فقرة ٤٧٦ — هيك ٨ فقرة ١٧٣ — بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٩٤ — فقرة ١٨٩٥ — على أن عدداً كبيراً من الفقهاء يذهبون إلى أن المقاصة القضائية كاشفة لانقضاء فتنقذ إلى وقت رفع الدعوى العارضة (لارومبيير ٥ م ١٢٩٣ فقرة ٢٦ — ديولومب ٢٨ فقرة ٦٩١ — أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٢٨ ص ٣٩٧ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٩٧) . ويذهب البعض إلى جيل المقاصة القضائية كاشفة فيما بين الطرفين ، ومنشئة بالنسبة إلى الغير من كسب حقاً على أحد الدينين (أنيكلويدى دالوز ١ لفظ compensation فقرة ٢٣٨) .

وكان القضاء المختلط منتظماً فى هذه المسألة ، فبعض الأحكام تذهب إلى أن المقاصة القضائية كاشفة فتنقذ إلى وقت تلاقى الدينين (استئناف مخطط ١٢ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٨٢ — ١١ فبراير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٥٧) ، وأحكام أخرى تذهب إلى أنها منشئة تحدث أثرها وقت صدور الحكم (استئناف مخطط ١٥ مايو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٨١ — ٢٤ مايو سنة ١٩٢٨ م ٥٠ ص ٣١٩) . وهناك حكم يقضى بأنه إذا كان النزاع فى الدين مما يسجل نفسه ، وجب اعتبار الدين غير متنازع فيه ويصلح المقاصة القانونية (استئناف مخطط أول أبريل سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١٧٧) . ولعل هذا الحكم هو الذى يرفع التضارب ما بين الأحكام المتضمنة الذكر . فإذا كان النزاع مما يسجل نفسه فى يسر وسرعة اعتبر الدين غير متنازع فيه وكانت المقاصة قانونية —

ويترتب على إجراء المقاصة القضائية من الآثار ما يترتب على المقاصة القانونية . فينقضى الدينان المتقابلان بقدر الأقل منهما كما بينا ، وتنقطع الفوائد وذلك من وقت صدور الحكم بالمقاصة ، وتزول التأمينات التي كانت تكفل أيا من الدينين وذلك أيضا من وقت صدور الحكم ، ولكن لا يسرى زوال التأمينات في حق الغير إلا بالتأشير بذلك في هامش القيد .

= نرجع إلى يوم تلاقى الدينين، أما إذا كان النزاع لا يسهل فله اعتبر الدين متنازعا فيه وكانت المقاصة قضائية تحدث أثرها وقت صدور الحكم النهائي . عل أنه يلاحظ — بفرض التسليم أن القاضى فى المقاصة القضائية إنما يقتصر على استكمال شروط المقاصة القانونية ، وأنه متى توافرت هذه الشروط وقمت المقاصة بحكم القضاة — أن هذه الشروط لا تستكمل فعلا إلا وقت صدور الحكم ، فلا تقع المقاصة إلا فى هذا الوقت ، سواء اعتبرت مقاصة قضائية أو مقاصة قانونية (قانون الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ٢٩٦ ص ٢٧٢) .

الفصل الرابع

اتحاد الذمة (*)

(Confusion)

٦٥١ - مقارنة بين اتحاد الرزمة والمقاصة : يتحقق اتحاد الذمة إذا

اجتمع في شخص واحد. صفتا الدائن والمدين بالنسبة إلى دين واحد (١). فالمفروض إذن أن هناك ديناً واحداً ، فورث الدائن المدين أو ورث المدين الدائن ، أو تحقق أى سبب قانوني آخر غير الميراث نقل إلى الدائن صفة المدين أو نقل إلى المدين صفة الدائن ، فاجتمع بذلك في شخص أحد طرفي الدين صفتا الدائن والمدين . وتعتبر إذن على هذا الشخص أن يمارس حقه ، إذ هو دائن ومدين ، ولا يستطيع أن يطالب نفسه بالدين . ومن ثم ينقضي الدين ، أو في الصحيح يقف نفاذه ، لهذا الضرب من الشلل الذي اعتراه (٢) ، كما سنرى .

* مراجع : مولان (Moulin) شراء الشركة لأسهمها رسالة من باريس سنة ١٩٣١ — لاجارد (Lagarde) شراء الشركة لأسهمها — لاييه (Labbé) بحث في بعض الصعوبات الخاصة بضماع الشيء المستحق وباتحاد الذمة في القانون الروماني .

(١) وكما يتحقق اتحاد الذمة (confusion) في الديون ، يتحقق أيضاً في الحقوق العينية ويسمى بالتجميع أو الإدغام (consolidation) . فينتهى حق الارتفاق باجتماع المقار المرتفق به والمقار المرتفق في يد مالك واحد (١٠٢٦ مدني) . وينتهى حق الرهن الحيازي إذا اجتمع مع حق الملكية في يد شخص واحد (م ١١١٣ مصري) . وينتهى حق الانتفاع إذا اجتمع مع حق الرقبة في يد شخص واحد ، بأن مات صاحب الرقبة وورثه صاحب حق الانتفاع . انظر بودري وبارد ٣ فقرة ١٨٩٧ ص ٢٣٣ . وانظر في القانون المدني العراقي في هذه المسألة مقالاً للأستاذ ضياء شيت خطاب في مجلة القضاء ببغداد السنة ١٥ ص ٢٠٠ وص ٢٠٨ — ص ٢١١ .

(٢) وقد جاء في المفكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى : « والواقع أن هذا الأثر أقرب في حقيقته إلى شل حكم الاستحقاق ، وهو المطالبة ، منه إلى معنى الانقضاء . فالاتزام يمدد إلى الوجود . إذا زال السبب الذي أدى إلى اتحاد الذمة زال مستنداً » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٩١ . انظر أيضاً ص ٢٩٢ — ص ٢٩٣) .

وبتين مما تقدم أن هناك فرقاً جوهرياً بين اتحاد الزمة والمقاصة . ففي اتحاد الزمة لا يوجد إلا دين واحد (١) اجتمع في أحد طرفيه صفتا الدائن والدين ، فوقف نفاذه . أما في المقاصة فقد رأينا أنه يوجد دينان متقابلان لا دين واحد ، ولكن الدائن في الدين الأول هو المدين في الدين الآخر والدائن في الدين الآخر هو المدين في الدين الأول . فيوجد إذن في المقاصة شخصان : دائن هو مدين ، ومدين هو دائن . أما في اتحاد الزمة بعد تحققها فلا يوجد إلا شخص واحد ، هو دائن ومدين في وقت واحد . والمقاصة تقتضي الدينين المتقابلين ، كما في الوفاء . أما اتحاد الزمة فلا يقضى الدين الواحد الذي انحلت الزمة فيه ، بل يقف نفاذه (٢).

٥٦٢ - الأهمية المحرورة لاتحاد الزمة : وتقول المذكرة الإيضاحية

للمشروع التمهيدى : « ليس لاتحاد الزمة حظ موفور من الأهمية من الناحية العملية . وقد أغفله التقنين الألماني ، ولو أنه أقره بطريق ضمني . ذلك أن واضعى هذا التقنين اعتبروه سيئاً طبيعياً لانقضاء الالتزام من حيث هو حتم تقتضيه طبيعة اجتماع صفتي الدائن والمدين في الشخص الواحد ، وانتهوا إلى أن أثره يتفرع لزماً على جوهر الالتزام ذاته : تعليقات على التقنين الألماني ١ (ص ٥٥١) (٢).

وهناك سبب آخر - في مصر - يجعل اتحاد الزمة محلود الأهمية من الناحية

(١) قارن المادة ١٣٠٠ من التقنين المدني الفرنسى وهى تتحدث في اتحاد الزمة عن دينين خطأ (بودرى وبارد ٣ فقرة ١٨٩٧ ص ٢٣٤ - بيدان ولاجارد ٩ فقرة ١٠٦٣) .
(٢) المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٩٢ - وجاء في الموجز : « والذى يحدث الشبهة هو أن الشخص الواحد ، في كل من اتحاد الزمة والمقاصة ، يصبح دائناً ومديناً . لكن يلاحظ أن الشخص في اتحاد الزمة يصبح دائناً ومديناً في دين واحد ، أما في المقاصة فإنه يكون دائناً في دين ومديناً في دين آخر » (الموجز المؤلف فقرة ٥٩٤ ص ٦١٦) .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٩٢ - وقد أغفل التقنين الألماني ذكر سببين لانقضاء الالتزام كان من المألوف ذكرهما منذ عهد القانون الرومانى ، وهما التجديد واتحاد الزمة . وكان اتحاد الزمة مذكوراً في المشروع الأول من التقنين الألماني ، ولكنه حذف في المشروع الثانى باعتبار أنه أمر تقتضيه طبائع الأشياء ، فلا حاجة إلى ذكره (تعليقات على التقنين المدني الألماني جزء أول ص ٥١١) .

العملية . ذلك أن اتحاد الذمة يتحقق ، أكثر ما يتحقق ، عن طريق الميراث . وله صورتان : (الصورة الأولى) حيث يرث المدين الدائن ، فتكون التركة هي الدائنة للمدين ، ويرث المدين هذا الحق الذي للتركة ، فتتحد الذمة في الدين . وهذا صحيح في مصر ، لأن قواعد الفقه الإسلامي — وهي التي تطبق في الميراث — تنقل إلى الورثة الحقوق التي للتركة . (والصورة الثانية) حيث يرث الدائن المدين ، فتكون التركة هي المدينة للدائن ، والدائن هو الوارث . وهنا تأبى قواعد الفقه الإسلامي أن تتحد الذمة في الدين ، إذ أن الدائن لا يرث الدين الذي على التركة ، فالديون لا تورث ، ولا تركة إلا بعد سداد الدين . فتبقى التركة منفصلة عن مال الدائن حتى تسدد دينها لهذا الدائن ، ثم يرث الدائن بعد ذلك من التركة ما يبقى بعد سداد الديون ، فلا يكون هناك مجال لاتحاد الذمة في هذه الصورة . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا المعنى : « ورغم أن نصيب هذا النظام من الأهمية في مصر جد ضئيل ، إذ أن الشريعة الإسلامية لا تقر أحد تطبيقاته الرئيسية ، فقد أفرد له المشروع مادتين (أدجتا بعد ذلك في مادة واحدة) ، تناول في أولاهما تحديد نطاقه ، واستظهر في الثانية معنى الأثر المترتب عليه » (١).

فنبحث إذن في اتحاد الذمة موضوعين :

(أولاً) كيف يتحقق اتحاد الذمة ، فنحدد بذلك نطاقه .

(ثانياً) الآثار التي تترتب على اتحاد الذمة .

الفرع الأول

كيف يتحقق اتحاد الذمة

٥٦٣ — عن طريق الميراث : أكثر ما يتحقق اتحاد الذمة عن طريق الميراث كما قلنا . فيكون هناك شخص مدين لآخر ، وهو في الوقت ذاته وارثه . فإذا مات الدائن ، أصبحت تركته دائنة للمدين بمبلغ الدين . فإذا

فرضنا أن المدين هو الوارث الوحيد للدائن ، فانه يرث كل الدين الذى للتركة فى ذمته ، فيصبح دائناً فى هذا الدين نفسه ، وتجتمع فيه صفتا المدين والدائن ، فينقضى الدين أو يقف نفاذه عن طريق اتحاد الذمة . وإذا كان المدين هو أحد وارثين يرث كل منهما النصف ، فقد ورث من الدين نصفه ، فاتحدت الذمة فى هذا النصف ، فانقضى أو وقف نفاذه . أما النصف الآخر من الدين ، فيبقى المدين ملتزماً به نحو الوارث الآخر .

وإذا كان الدائن هو الوارث للمدين ، ومات المدين ، فقد أصبحت تركته مدينة للدائن . وسواء كان الدائن هو الوارث الوحيد للمدين أو هو أحد الورثة ، فانه طبقاً لقواعد الشريعة الإسلامية وهى التى تسرى فى الميراث ، وإن كان يرث الدين الذى للتركة ، لا يرث الدين الذى على التركة . ومن ثم لا بد من سداد الدين أولاً ، فيستوفى الدائن هذا الدين من التركة . وعند ذلك تصبح التركة خالية من الديون ، فيرثها الدائن وحده أو مع غيره . ومن أجل ذلك لا يتبهاً فى هذه الصورة ، كما قدمنا ، أن تتحد الذمة فى الدين الذى على التركة . بل يتقاضى الدائن حقه أولاً من التركة ، فينقضى بطريق الوفاء لا بطريق اتحاد الذمة ، ثم يرث الدائن التركة بعد ذلك خالية من الديون (١) . وهذا بخلاف القانون الفرنسى ، إذ يرث الدائن فى هذه الصورة الدين الذى على التركة إذا كان قد قبل الميراث دون قيد ، فتتحد الذمة فى الدين كما فى الصورة الأولى (٢) . أما إذا

(١) استئناف مخطط ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ٦٦ .

(٢) وقد جاء فى الموجز : « وإذا كان الفرق بين القانون الفرنسى والشريعة الإسلامية واضحاً فى هذه المسألة ، فيتحقق اتحاد الذمة فى القانون الفرنسى ولا يتحقق فى الشريعة الإسلامية ، فإن النتيجة واحدة فى الشريعتين . ونوضح ذلك بمثل : تركة المورث قدرها ألفان ، وله وارثان لكل منهما النصف ، وعليه دين لأحد الوارثين قدره ألف . فى القانون الفرنسى يرث الوارث الدائن ألفاً ، ويرث إلى جانب ذلك نصف الدين (أى خمسمائة) ، فتتحد ذمته فى هذا النصف ، ويرجع بالنصف الباقى من الدين على الوارث الثانى . فيكون مجموع ما ناله هو الألف التى ورثها والخمسمائة التى رجع بها على الوارث الثانى . وهذا ما يناله أيضاً فى الشريعة الإسلامية ، دون أن يكون هناك اتحاد ذمة فى نصف الدين . فإن الوارث فى هذه الشريعة يبدأ باستيفاء حقه من التركة ، فهنال ألفاً باعتباره دائناً ، والألف الباقية ينال منها خمسمائة باعتباره وارثاً . لكن يلاحظ أن للوارث فى القانون الفرنسى قد نال ألفاً باعتباره وارثاً وخمسمائة باعتباره دائناً ، أما فى الشريعة -

قبل الميراث مع اشتراط الجرد (sous bénéfice d'inventaire) ، فانه يصبح في وضع مماثل لوضع الوارث في الشريعة الإسلامية ، فلا تتحد الذمة ، بل يتقاضى الدائن أولاً الدين من التركة ، ثم يرث التركة بعد تصفيها من الديون (١).

٥٦٤ — عن طريق الوصية : وقد يتحقق اتحاد الذمة عن طريق

الوصية ، ويكون الموصى له إما خلفاً عاماً وإما خلفاً خاصاً .

فيكون الموصى له خلفاً عاماً إذا أوصى الدائن لمدينه بثلاث تركته مثلاً ، فيصبح المدين الموصى له بعد موت الموصى مديناً للتركة بالدين وموصى له بثلاث التركة . فينتقل إليه من الدين ثلثه ، ويكون مديناً به بحكم المديونية السابقة ودائناً له بحكم الوصية . فتتحد الذمة في ثلث الدين ، ويبقى ثلثاه في ذمته ديناً للتركة . أما إذا كان المدين هو الذي أوصى للدائن بثلاث تركته ، فان الدائن الموصى له يكون بعد موت الموصى دائناً للتركة بمبلغ الدين وموصى له بثلاث التركة . ويجب ، طبقاً لقواعد الشريعة الإسلامية ، سداد دين التركة أولاً ، فيستوفي الدائن منها مبلغ الدين . ويتقاضى الدين بالوفاء لا باتحاد الذمة ، ثم يستولى الدائن بعد ذلك عن طريق الوصية على ثلث التركة خالية من الديون .

ويكون الموصى له خلفاً خاصاً إذا أوصى الدائن لمدينه بالدين الذي له في

= الإسلامية فقد نال ألفاً باعتباره دائناً وخمسائة باعتباره وارثاً . وقد يترتب على ذلك بعض النتائج العملية . من ذلك أن الوارث في الشريعة الإسلامية قد يحرم من الميراث ، لقتله المورث مثلاً ، فيحرم من الخمسائة التي نالها باعتباره وارثاً ، لامن الألف التي نالها باعتباره دائناً . ومن ذلك أيضاً أن الوارث إذا دفع ضريبة على الميراث ، يدفع للضريبة باعتبار أن ما ورثه خمسائة لا ألف ، (الموجز لمؤلف فقرة ٥٩٤ ص ٦١٦ وهاش رقم ١) . وانظر في هذا المعنى في القانون المدني العراقي مقالاً للأستاذ ضياء حيث خطاب في مجلة القضاء بعداد السنة ١٥ ص ٢٠٤ — ص ٢٠٦ .

(١) وإذا كانت الدولة هي الوارثة لاتعدام الوارث ، وجب اعتبارها في وضع الوارث الذي قبل الميراث مع اشتراط الجرد . فتسدد أولاً للديون التي على التركة من أموال التركة ، وما بقي من هذه الأموال بعد سداد الديون تملكه الدولة . فإذا كانت الدولة دائنة للتركة ، تقاضت أولاً الدين الذي لها . فإذا كانت التركة لا تبقى بالدين ، رجعت بالباقي على الكفلاء (تولى ٧ فقرة ٤٣٤ — ديرانتون ١٢ فقرة ٤٧٩ — لوران ١٨ فقرة ٤٩٣ — بوهده وهارد ٣ فقرة ١٩٠٢) .

ذمته . فيكون المدين ، بعد موت الدائن ، مديناً للتركة بحكم مديونية السابقة ، ودائناً في نفس الدين بحكم الوصية . فتجتمع فيه صفتا المدين والدائن ، وتتحد اللزمة في الدين . ولا يتصور هنا أن يوصى المدين للدائن بالدين الذي في ذمته له ، إذ هو دين عليه ، لاحق له ، حتى يوصى به .

٥٦٥ - عن طريق التصرف القانوني ما بين الأحياء : وقيل أن

تجتمع صفتا الدائن والمدين في الشخص الواحد عن طريق التصرف القانوني ما بين الأحياء . ومع ذلك فهناك مثل أورده المشرع ، إذ نص في الفقرة الأولى من المادة ٤٦٩ مدني على ما يأتي : « إذا كان الحق المتنازع فيه قد نزل عنه صاحبه بمقابل إلى شخص آخر ، فللمتنازل ضده أن يتخلص من المطالبة إذا هورد إلى المتنازل له الثمن الحقيقي الذي دفعه مع المصروفات وفوائد الثمن . من وقت الدفع » . فهذا دين متنازع فيه في ذمة المدين للدائن ، وقد حوله الدائن بمقابل إلى شخص آخر ، فيستطيع المدين أن يحول الصفقة إليه عن طريق رد الثمن والفوائد إلى المحال له . فيصبح المدين ، بفضل هذا الاسترداد ، دائناً لنفسه ، وتتحد اللزمة في الدين . والواقعة التي أدت إلى اتحاد اللزمة هنا هي تصرف قانوني ما بين الأحياء ، فإن استرداد (retrait) المدين للدين ينطوي كالتفعية على تصرف قانوني .

والمثل الآخر الذي يورده الفقه عادة لتصرف قانوني ما بين الأحياء يكون سبباً لاتحاد اللزمة هو مثل الكيالة التي قبلها المسحوب عليه ، فأصبح مديناً بقيمتها . وقبل حلول ميعاد استحقاقها يشتريها المسحوب عليه ، فتصبح ملكه ، ومن ثم يصير دائناً لنفسه . فتجتمع صفتا المدين والدائن ، وتتحد اللزمة في الدين . وسبب اتحاد اللزمة هنا هو شراء المسحوب له للكيالة ، وهذا تصرف قانوني ما بين الأحياء (١) .

(١) لاهومبير م ١٣٠٠ فقرة ٥ - بودي وبارد ٣ فقرة ١٨٩٨ ص ٢٣٥ .
ويحقق اتحاد اللزمة أيضاً بتصرف قانوني ما بين الأحياء إذا اشترى المتأجر المدين المؤجرة ،
فيصبح دائناً ومديناً بالمؤجرة (بيدان ولاجارد ٩ فقرة ١٠٦٤) . لكن إذا كان المتأجر قد
رهن حقه الشخصي لتأجير ثابت بموجب عقد الإيجار قبل أن يشتري العين المؤجرة ، فإن شراء العين =

٥٦٦ - كل الربوة قابلة لموتغضاء بالحداد الزمة : وكل دين قابل

لاتحاد الذمة فيه على الوجه الذى بيناه . تستوى فى ذلك كل الديون ، أياً كان مصدرها . فسواء كان الدين مصدره عقد أو عمل غير مشروع أو إثراء بلا سبب أو نص فى القانون ، فهو قابل لاتحاد الذمة فيه ، متى اجتمعت صفتا الدائن والمدين فى شخص واحد . وتستوى أيضاً فى ذلك كل الديون ، أياً كان الوصف الذى يلحق بها . فيصح اتحاد الذمة فى الدين البسيط ، وفى الدين المضاف إلى أجل ، وفى الدين المعلق على شرط واقف ، وفى الدين المعلق على شرط فاسخ . إلا أنه إذا لم يتحقق الشرط الواقف ، أو تحقق الشرط الفاسخ ، فقد زال الدين ، وزال معه اتحاد الذمة (١) .

ويصح أن تتحد الذمة فى الدين المدنى وفى الدين الطبيعى . وفى الدين الطبيعى ، إذا ورث المدين الدائن ، فقد اجتمعت صفتا المدين والدائن فيه ، فانحدت الذمة ، شأنه فى ذلك شأن الدين المدنى (٢) . ولا يقال إن فى هذا أثراً جديداً يترتب على الالتزام الطبيعى ، فان اتحاد الذمة ليس إلا استجابة لطبائع الأشياء ، فيخضع له كل التزام (٣) .

- وما استتبعه من اتحاد الذمة - لا يضر بحق الدائن المرتهن (أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٣٠ ص ٣٦٢ - بيدان ولا جارد ٩ فقرة ١٠٧٠) .

ومن الأمثلة على تحقق اتحاد الذمة بتصرف قانونى ما بين الأحياء ، ما قضت به محكمة استئناف مصر من أنه إذا حصل البيع المستول من الضمان ، انحدرت ذمته بهذا البيع باجتماع صفتى دائن بحق الضمان ومدين به فى شخصه (٨ يناير سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٣ رقم ٥٥٥ ص ١١١٥) . ويمكن اجبار بيع الدين من عليه الدين ، فى الفقه الإسلامى ، إذا لم يكن وفاء بمقابل ، مثلاً لتحقق اتحاد الذمة بتصرف قانونى ما بين الأحياء ، هو عقد البيع . فالمدين قد اشترى الدين الذى فى ذمته من دائته ، فأصبح دائناً ومديناً فى وقت واحد ، وتتحد الذمة فى الدين .

(١) أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٣٠ ص ٣٦٠ .

(٢) أما إذا ورث الدائن المدين ، فقد رأينا أن قواعد الشريعة الإسلامية تمنع من اتحاد الذمة .

(٣) انظر فى ذلك بودرى وهارد ٣ فقرة ١٨٩٩ .

الفرع الثاني

الآثار التي تترتب على اتحاد الذمة

٥٦٧ - **النصوص القانونية :** تنص المادة ٣٧٠ من التقنين المدني على ما يأتي :

١ - إذا اجتمع في شخص واحد صفتا الدائن والمدين بالنسبة إلى دين واحد ، انقضى هذا الدين بالقدر الذي انحلت فيه الذمة .

٢ - فإذا زال السبب الذي أدى إلى اتحاد الذمة ، وكان لزواله أثر رجعي ، عاد الدين إلى الوجود هو وملحقاته بالنسبة إلى ذوى الشأن جميعاً ، ويعتبر اتحاد الذمة كأن لم يكن (١) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادتين ٢٠٢/٢٦٦ و ٢٠٣/٢٦٧ (٢) .

(١) **تاريخ النص :** ورد هذا النص في المادتين ٥٠٨ و ٥٠٩ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتي : م ٥٠٨ — إذا اجتمعت في شخص واحد صفة الدائن والمدين ، انقضى الالتزام لاتحاد الذمة ، وبالقدر الذي انحلت فيه — م ٥٠٩ — إذا زال السبب الذي أدى لاتحاد الذمة وكان لزواله أثر رجعي ، عاد الالتزام إلى الوجود هو وملحقاته ، بالنسبة لذوى الشأن جميعاً ، ويعتبر اتحاد الذمة كأن لم يكن . وفي لجنة المراجعة أدمجت المادتان في مادة واحدة ، وأجريت تعديلات في الفقرة الأولى تجعل التمييز بين المقاصة واتحاد الذمة واضحاً ، وأبدلت كلمة الالتزام في الفقرة الثانية بكلمة الدين لتسنيق الصياغة ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وأصبح رقمه ٣٨٣ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٣٧٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ من ٢٩٢ — ص ٢٩٣) .

(٢) **التقنين المدني السابق م ٢٠٢/٢٦٦ :** اتحساد الذمة هو عبارة عن اجتماع صفتي دائن ومدين في شخص واحد يدين واحد ، ويترتب على ذلك زوال الصفتين المذكورتين بمقابلة أحدهما للآخرى .

م ٢٠٣/٢٦٦ : اتحاد الذمة يبرء الكفلاء في الدين ، ولا يخل المدينين المتضامنين إلا بقدر ما يخص من انحلت فيه الذمة من الدين .

وأحكام التقنين السابق متفقة مع أحكام التقنين الجديد . وإذا لم يوجد مقابل في التقنين الجديد المادة ٢٠٣/٢٦٦ من التقنين السابق إلا فيما يتعلق بالتضامن ، فإن النص كله ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة فالعمل بأحكامه ليس في حاجة إلى نص : انظر الموجز المؤلف فقرة ٥٩٤ — فقرة ٥٩٥ — الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٨٢٤ — فقرة ٨٢٥) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٣٦٨ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٥٧ - وفي التقنين المدني العراقي للمادتين ٤١٨ - ٤١٩ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٣٣٧ (١) .
ونخلص من هذا النص أنه يجب التمييز ، في الآثار التي تترتب على اتحاد النعمة ، بين فرضين :

- (١) الآثار التي تترتب على اتحاد الذمة مادام السبب الذي أدى إليه قائماً .
- (٢) ما يترتب من الأثر على زوال السبب الذي أدى إلى اتحاد الذمة بأثر رجعي .

المبحث الأول

الآثار التي تترتب على اتحاد الذمة ما بقي السبب الذي أدى إليه قائماً

٥٦٨ - كيف ينقضي الربيع بأحكام الزمة : تنص الفقرة الأولى من المادة ٣٧٠ مدني ، كما رأينا ، على أنه إذا تحقق اتحاد الذمة في الدين

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٣٦٨ (مطابقة للمادة ٣٧٠ من التقنين المدني المصري) .
التقنين المدني الليبي م ٣٥٧ (مطابقة للمادة ٣٧٠ من التقنين المدني المصري) .
التقنين المدني العراقي م ٤١٨ : في الدين الواحد ، إذا اجتمع في شخص واحد صفتا الدائن والمدين ، انقضى الدين لاتحاد الذمة بالقدر الذي اتحدت فيه .
م ٤١٩ : إذا زال السبب الذي أدى إلى اتحاد الذمة ، وكان لزواله أثر رجعي ، عاد الالتزام إلى الوجود هو وملحقاته بالنسبة للذي الشأن جيعاً ، ويعتبر اتحاد الذمة كأن لم يكن . (وهذه الأحكام متفقة مع أحكام التقنين المصري - وانظر في اتحاد الذمة في القانون المدني العراقي مقالا للأستاذ ضياء شيت خطاب في مجلة القضاء ببغداد السنة ١٥ ص ٢٠٠ - ص ٢١٣ .
تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٣٣٧ : عندما تجتمع الصفتان المتعارضتان ، صفة الدائن وصفة المدين ، في موجب واحد وفي شخص واحد ، ينشأ عن اجتماعهما اتحاد يسقط الموجب على نسبة هذا الاتحاد . وإذا زال سبب الاتحاد ، وكان لزواله مفعول رجعي ، عاد الدين مع كل ملحقاته بالنظر إلى الجميع ، وعد اتحاد الذمة كأنه لم يحصل قط .
(وهذه الأحكام متفقة مع أحكام التقنين المصري) .

و انقضى هذا الدين بالقدر الذى اتحدت فيه الذمة . فالدين إذن ينقضى بانحاد الذمة ، وبالقدر الذى اتحدت فيه الذمة . فان كان المدين الوارث ، فى الأمثلة التى قدمناها ، لم يرث إلا نصف الدين ، فإن هذا النصف وحده هو الذى ينقضى بانحاد الذمة كما سبق القول . وانقضاء الدين بانحاد الذمة غير انقضائه بالوفاء أو بالتجديد أو بالمقاصة . فى هذه الحالات الأخيرة ينقضى الدين حقيقة ، ولا يعود له وجود . أما انقضاء الدين عن طريق انحاد الذمة فليس بانقضاء حقيقى ، بل إن الدين يقف نفاذه ، كما قدمنا ، لارتطامه بعقبة طبيعية تجعل هذا النفاذ مستحيلا . فقد اتحدت صفتا الدائن والمدين فى شخص واحد ، وأصبح من المستحيل أن يطالب الشخص نفسه بالدين ، ومن ثم يقف نفاذ الدين من ناحية المطالبة وحدها (١) . ولكن الدين ، وهو موقوف على هذا النحو ، يبقى مع ذلك معتداً به من نواح أخرى (٢) .

(١) الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ٢٩٨ ص ٣٧٣ — وقارن الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٢٩٨ — ص ٣٠٠ .
ويذهب بيدان ولاجارد إلى أن انحاد الذمة يقضى الدين قضاء تاماً على النحو الذى يقضى به الوفاء الدين ، ويستمرضان الأحوال المختلفة لانحاد الذمة ، ويستظهران فى كل منها أن الدين قد انقضى ولم يقتصر الأمر فيه على أنه وقف نفاذه (بيدان ولاجارد ٩ فقرة ١٠٧١ — فقرة ١٠٧٦ — انظر الأستاذ عبد الحى حجازى ٢ ص ٢٩٣ — ص ٣٠٠ والأستاذ ضياء شيت خطاب مجلة القضاء ببغداد السنة ١٥ ص ٢٠٢ — ٢٠٣ — فى مناقشة الرأيين ، مجرد وقف النفاذ والانقضاء التام) .

ويذهب بلانيول وريبير وبولانجيه إلى أن التمييز فى الالتزام بين عنصر المسؤولية وعنصر المديونية قد يكون ناصباً هنا ، فاتحاد الذمة يقضى المطالبة أو المسؤولية (Haftung) ، ويستبقى المديونية (Schuld) : بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٠٠٩ .

(٢) أوبرى ورو ٤ فقرة ٢٢٠ ص ٢٦٠ — بيدررى وبارد ٣ فقرة ١٩٠٥ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٠٠ ص ٧١١ — واتحاد الذمة كالمقاصة واقعة مادية ، هى واقعة اجتماع صفى الدائن والمدين فى الدين الواحد فى شخص واحد . وقد رأينا أن المقاصة هى أيضاً واقعة مادية ، إذ هى واقعة تلاقى دينين متقابلين توافرت فيها شروط خاصة . أما المقاصة فى القوانين الهرمانية فهى تصرف قانونى لا واقعة مادية ، كما سبق القول ، وهى من هذه الناحية كالوفاء والوفاء بمقابل والتجديد ، فهذه كلها تصرفات قانونية . وهى تصرفات قانونية تصدر من الجانبين ، إلا الوفاء من طريق العرض الملقى والمقاصة فى القوانين الهرمانية فهما تصرفان قانونيات يصدران من جانب واحد .

٥٦٩ — نواح يبقى فيها الدين المنقضى باتحاد الزمة معترا به —
 صاب الدين في نصاب الوصية : فاذا اعتبر الدين باتحاد الزمة منقضاً — أو
 موقوفاً — من ناحية المطالبة به ، فهناك نواح أخرى غير المطالبة يعتد فيها بالدين .
 من ذلك حساب نصاب الوصية . فاذا مات الدائن وورثة المدين ، وكانت
 قيمة الدين ألفاً وخمسة مئة مثلاً ، فإن الدين يعتبر منقضاً من ناحية المطالبة ،
 فلا يستطيع المدين ، وقد ورث الدين فأصبح دائئاً ، أن يطالب به نفسه . ولكن
 الدين يعتد به إذا ترك الدائن وصية ، وأريدت معرفة ما إذا كانت هذه الوصية
 لا تتجاوز النصاب حتى تكون صحيحة . فيجب اعتبار الدين الذي انقضى باتحاد
 الزمة قائماً في حساب هذا النصاب . فلو كانت التركة بغير الدين ثلاثة آلاف ،
 وجب لحساب الثلث الذي تجوز فيه الوصية ، أن تضاف قيمة الدين وهي ألف
 وخمسة مئة إلى ثلاثة الآلاف ، فتكون قيمة التركة كلها أربعة آلاف وخمسة مئة ،
 ويكون ثلثها الجائز للإيصاء به هو ألف وخمسة مئة . أما إذا اعتبرنا الدين منقضاً
 باتحاد الزمة من جميع النواحي ، وجب حساب قيمة التركة ثلاثة آلاف لا أربعة
 آلاف وخمسة مئة ، ولكان ثلثها ألفاً ، وليس ألفاً وخمسة مئة كما هو الحساب
 الصحيح (١) .

٥٧٠ — الاعتداد بالدين عند اتحاد زمة الكفيل والرئيس : وإذا
 مات الدائن وورثه الكفيل ، فاتحاد الزمة ما بين الدائن والكفيل إذا كان يقضى

(١) ديمولوب ٢٨ فقرة ٧١٨ — فقرة ٧١٩ — هيك ٨ فقرة ١٧٧ — لوران ١٨
 فقرة ٤٨٨ — أوبري ورو ٤ فقرة ٣٣٠ ص ٣٦١ — بودري وبارد ٣ فقرة ١٩٠٦ — بلانيول
 وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٠٠ ص ٧١١ — دي باج ٣ فقرة ٦٩٥ — كولان وكايتان ٢
 فقرة ٥٧٨ ص ٤٠٢ — الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ٢٩٨ — الموجز لمؤلف
 فقرة ٥٩٥ .

وكذلك يحسب الدين الذي انقضى باتحاد الزمة ضمن التركة ، في تقدير قيمتها لحساب ما يجب
 عليها من الضرائب (بيدان ولاجار ٩ فقرة ١٠٦٦ ص ١٣٥) .
 ويقول بلانيول وريبير وهولانجه إن اعتبار الدين المنقضى باتحاد الزمة قائماً ، لتقدير نصاب
 الوصية ولتقدير الضريبة ، يمكن تفسيره بأن التركة تقدر قيمتها باعتبار العناصر الموجودة وقت
 الموت ، واتحاد الزمة لا يتحقق إلا بعد ذلك (بلانيول وريبير وهولانجه ٢ فقرة ٢٠٠٧) .

التزام الكفيل ، فليس ينقضى على النحو الذى ينقضى به لو أن الكفيل وفى للدائن .
فان الكفيل إذا وفى الدين للدائن ، ينقضى الدين ، وتبرأ ذمة المدين الأصلي ،
ويرجع الكفيل على المدين الأصلي بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول .
أما إذا ورث الكفيل الدائن ، فاتحدت الذمة وانقضت الكفالة ، لم ينقض الدين
الأصلى ، ويطالب الكفيل الذى أصبح دائئاً المدين بهذا الدين ذاته .

وإذا اتحدت ذمة المدين الأصلي والدائن ، فان الدين ينقضى باتحاد الذمة ،
وتبرأ بذلك ذمة الكفيل . ذلك أن المدين الأصلي - وقد أصبح باتحاد الذمة
دائئاً - إذا حاول أن يرجع باعتبار أنه دائن على الكفيل ، فان الكفيل
يرجع عليه باعتباره مدينأ ، فيشل هذا الرجوع الأخير الرجوع الأول . وقد
كانت المادة ٢٠٣/٢٦٧ من التقنين المدنى السابق تقضى بأن اتحاد ذمة الدائن
والمدين الأصلي يبرىء ذمة الكفلاء (١) .

٥٧١ - الإعتراض بالدين عند اتحاد ذمة الكفيل والمدين الأصلي :

وإذا ورث الكفيل المدين الأصلي ، فاتحدت الذمة وانقضت الكفالة ، فان
انقضاء التزام الكفيل على هذا النحو لا يكون إلا من حيث المطالبة ، بمعنى أنه
إذا أدى الكفيل باعتباره كفيلاً الدين للدائن ، لم يستطع - وقد أصبح مدينأ
أصلياً بالميراث وذلك فى القانون الفرنسى دون القانون المصرى - الرجوع
على نفسه . ولكن التزامه ككفيل يبق مع ذلك معتداً به فى غير هذه
المطالبة . ويترتب على ذلك أنه إذا كان لهذا الكفيل كفيل ، فان التزام
كفيل الكفيل يبق قائماً مستنداً إلى التزام الكفيل بالرغم من انقضاء هذا
الالتزام الأخير باتحاد الذمة . فيجوز للدائن ، فى هذه الحالة ، إذا لم يستطع
استيفاء حقه من الكفيل الذى أصبح فى الوقت ذاته مدينأ أصلياً ، أن يرجع
على كفيل الكفيل . ولهذا الأخير ، إذا وفى الدين ، أن يرجع على الكفيل
بما وفاه للدائن بالرغم من اتحاد ذمة الكفيل والمدين الأصلي . وقد نصت
المادة ٢٠٣٥ من التقنين المدنى الفرنسى صراحة على هذا الحكم ، إذ تقول :

(١) انظر أيضاً المادة ١/١٣٠١ من التقنين المدنى الفرنسى . وانظر فى القانون المدنى
للمراق مقال الأستاذ ضياء شيت خطاب فى مجلة القضاء ببغداد لسنة ١٥ ص ٢٠٨ .

« اتحاد الذمة الذى يتحقق بين شخص المدين الأصلي وكفيله ، عندما يرث أحدهما الآخر ، لا يقضى دعوى الدائن ضد من كفل الكفيل » (١) .

وإذا كفل الكفيل مدينين متضامنين متعددين وورث أحدهم ، فصار فى القانون الفرنسى كفيلاً ومديناً متضامناً فى وقت واحد ، فان وفى الدين باعتباره كفيلاً ، رجع على أى من المدينين المتضامنين الآخرين بالدين بعد استئصال حصة مورثه . أما إذا وقاه باعتباره مديناً متضامناً ، لم يستطع الرجوع على باقى المدينين المتضامنين الا بقدر حصة كل منهم فى الدين (٢) .

٥٧٢ - الاتحاد بالدين عند اتحاد ذمة أحد المدينين المتضامنين

والرائع : رأينا ، عند الكلام فى التضامن ، أن المادة ٢٨٨ مدنى تنص على أنه « إذا اتحدت الذمة بين الدائن وأحد مدينيه المتضامنين ، فان الدين لا يتقضى بالنسبة إلى باقى المدينين إلا بقدر حصة المدين الذى اتحدت ذمته مع الدائن (٣) » . فإذا ورث أحد المدينين المتضامنين الدائن ، فان الدين يتقضى باتحاد الذمة ، ولكنه لا يتقضى على النحو الذى يتقضى به فيها إذا وفى المدين المتضامن الدين للدائن . فان المدين المتضامن ، إذا وفى الدين الدائن ، رجع على باقى المدينين المتضامنين كل بقدر حصته فى الدين . أما إذا ورث المدين المتضامن الدائن ، فالدين لا يتقضى إلا بقدر ما يقتضيه اتحاد الذمة ، إذ أن حصة المدين المتضامن فى الدين هى وحدها التى تنقضى ، لأن المدين المتضامن قد أصبح دائناً بهذه

(١) وهذا هو النص فى أصله الفرنسى : Art. 2035 : La confusion qui s'opère : dans la personne du débiteur principal et de sa caution, lorsqu'ils deviennent héritiers l'un de l'autre, n'éteint point l'action du créancier contre celui qui s'est rendu caution de la caution.

انظر ديمولوب ٢٨ ققرة ٧٣٥ - بودرى وبارد ٣ ققرة ١٩١٠ ص ٢٤٣ - ص ٢٤٤ - وقارن ديمولوب وريبير وودوان ٧ ققرة ١٣٠١ ص ٧١٣ هاش رقم ١ .
وإذا كان الكفيل - الذى أصبح مديناً أصلياً على النحو المتقدم - قد قدم رهناً لتأمين الدين ، فإن اتحاد الذمة لا يكون من شأنه أن يقضى هذا الرهن (بودرى وبارد ٣ ققرة ١٩١٠) .
(٢) ديرانتون ١٢ ققرة ٤٧٧ - لارومبيير ٥ م ١٣٠١ ققرة ١٤ - بودرى وبارد ٢ ققرة ١٩١١ .

(٣) انظر أيضاً المادة ٢٠٣/٢٦٧ من التفتين المدف السابق .

الحصة لنفسه. والباقي من الدين ، بعد استئزال هذه الحصة ، يرجع به للمدين المتضامن - الذى أصبح دائئاً بالميراث - على أى من المدينين المتضامين الباقين (١).

وقد رأينا كذلك ، فى التضامن الإيجابى ، أنه إذا ورث المدين أحد الدائنين المتضامين ، فإن اتحاد الذمة لا يقضى من الدين إلا بقدر حصة هذا الدائن المتضامن (٢). ذلك أن المدين يصبح دائئاً متضامناً ، ولو استوفى الدين كله بهذه الصفة لرجع عليه باقى الدائنين بحصصهم ، فلا يبقى فى يده إلا حصته . فهذه الحصة وحدها هى التى يصبح فيها دائئاً ومدينأ فى وقت واحد ، فتتحد فيها الذمة . ويستطيع بعد ذلك أى من الدائنين المتضامين الآخرين أن يرجع على المدين بالباقي من الدين (٣).

(١) وغنى عن البيان أن المدين المتضامن ، الذى أصبح دائئاً بالميراث ، يستطيع أن يعتبر نفسه مدينأ وفى دينه بطريق اتحاد الذمة ، لا دائئاً استوفى حقه بهذا الطريق . ولكنه ، حل الاعتبار الأول ، لا يرجع على المدينين الآخرين إلا بقدر حصة كل منهم . فهو يؤثر بطبيعة الحال الاعتبار الآخر ، حيث يستطيع أن يطالب أياً من المدينين الآخرين بالدين بعد أن يستزل حصته هو (انظر فقرة ١٩٢) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ١٤٠ .

(٣) أما إذا ورث أحد المدينين المتضامين مدينأ متضامناً آخر ، فلا محل هنا لاتحاد الذمة ، بل يرجع الدائن على هذا المدين بصفته الأصلية ، أو بصفته وارثاً للمدين المتضامن الآخر بما قد يكون هناك من تأمينات . وله أن يرجع عليه بالصفتين معاً ، ليطالبه بمحصتين من الدين بدلا من حصة واحدة (تولىه ٧ فقرة ٤٣٣ - ديمولومب ٢٨ فقرة ٧٣٧ - بودرى وبارد ٣ فقرة ١٩١٣) .

وعما يدل على أن اتحاد الذمة يقف نفاذ الحق دون أن يقضيه أن المأثر للمقار المرحون إذا دفع ثمنه الدائن المرحمن المتقدم فى المرتبة ، وحل محله فى الرهن ، أصبح فى دعوى الرهن دائئاً ومدينأ فى وقت واحد ، فتتحد فيها الذمة . على أن هذا لا يبنى أن حق الرهن المتقدم قد انقضى ، وكل ما يعنيه أن المأثر لا يستطيع استعمال هذا الحق ضد نفسه ، ولكن يستطيع أن يستعمله ضد الدائن المتأخر فى المرتبة ، إذا أراد هذا الدائن التنفيذ على المقار ، فيتقدم المأثر على الدائن المتأخر فى المرتبة يفضل حق الرهن المتقدم . وهذا يدل على أن حق الرهن المتقدم لم ينقض باعحاد الذمة ، بل وقف نفاذه حيث تعذر استعماله ، فلما أمكن استعماله عاد إلى الظهور والنفاذ (بلانبول وريبير وروخوان ٧ فقرة ١٣٠٠ ص ٧١٢) . كذلك مستأجر المقار - - وتعليه قوانين الإيجار الاستثنائية حق مد الإيجار بعد انقضائه - إذا اشترى المقار ، فوقف باعحاد الذمة حقه كمتأجر ، -

المبحث الثاني

ما يترب من أثر

على زوال السبب الذى أدى إلى اتحاد الذمة بأثر رجعى

٥٧٣ - عودة الدين إلى الظهور : وكل ما قلناه هو أثر اتحاد الذمة إذا بقى سببه قائماً . فبقى الدين معتداً به من بعض النواحي ، ويقف نفاذه من ناحية المطالبة ، إذ تصبح مستحيلة باجتماع صفتي الدائن والمدين في شخص واحد .

فاذا زال بأثر رجعى السبب الذى أدى إلى اتحاد الذمة ، اعتبر اتحاد الذمة كأن لم يكن ، وعاد الدين إلى الظهور والنفاذ بعد أن كان موقوفاً من ناحية المطالبة . ويعود الدين بمقوماته الأصلية ، فيرجع ديناً مدنياً أو تجارياً ، منتجاً لفوائد أو غير منتج لها ، مشمولاً بسند تنفيذى أو غير مشمول به ، بحسب الأحوال . وتعود أيضاً التأمينات التى كانت تكفله ، وذلك بالنسبة إلى ذوى الشأن جميعاً ، من كفيل شخصى وكفيل عيى ورهن وغير ذلك .

مثل ذلك أن يكون السبب الذى أدى إلى اتحاد الذمة وصية ، فأوصى الدائن بالدين للمدين ، ومات الدائن فاتحدت الذمة في الدين . ثم تبين بعد ذلك أن الوصية قابلة للإبطال ، فأبطلت ؛ وزال بأثر رجعى هذا السبب الذى أدى إلى اتحاد الذمة . عند ذلك يعود الدين في ذمة المدين للتركة ، ويعود كما كان بصفاته ودفعه وتأميناته ، ويرجع الكفيل - شخصياً كان أو عينياً - ملتزماً

= يعود حقه إلى الظهور رغم اتحاد الذمة ضد شخص حصل على وعد بإيجار المقار له بعد انتهاء الإيجار الأول (بيدان ولاجانود ٩ فقرة ١٠٧٠ - بلانيول وريير وردوان ٧ فقرة ١٣٠٠ ص ٧١٢ - كولان وكايتان ٢ فقرة ٥٧٨ ص ٤٠٢ - جوسران ٢ فقرة ٩٤٧ ص ٥٠٢ - أنسكلويدي دالوز ١ لفظ confusion فقرة ٣٢) .

بالكفالة . وتطالب التركة المدينين بالدين ، بعد أن كانت قد كفت عن المطالبة بسبب اتحاد الذمة (١) .

ومثل ذلك أن يقبل الكميالة المسحوب عليه ، ويشتريها بعد ذلك بعقد قابل للإبطال ، ثم يبطل العقد . ومثل ذلك أيضاً أن يشتري المستأجر العين المؤجرة بعقد قابل للإبطال ، ثم يبطل العقد . ومثل ذلك أخيراً أن يتخلص المدين من دين متنازع فيه بدفعه الثمن والقوائد ، ثم يتبين بعد ذلك أنه كان قاصراً وقت تخليصه ، فيبطل التصرف . في هذه الأحوال جميعاً يعتبر اتحاد الذمة كأن لم يكن بعد أن زال سببه بأثر رجعي ، ويعود الدين إلى الظهور والنفاذ بصفاته ودفعه وتأميناته (٢) .

وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٣٧٠ مدني ، كما رأينا ، على هذه الأحكام ، إذ تقول : « وإذا زال السبب الذي أدى إلى اتحاد الذمة ، وكان لزواله أثر رجعي ، عاد الدين إلى الوجود هو وملحقاته بالنسبة إلى ذوى الشأن جميعاً ، ويعتبر اتحاد الذمة كأن لم يكن » .

٥٧٤- زوال السبب الذي أدى إلى اتحاد الذمة بأثر غير رجعي :

وقد يزول بأثر غير رجعي السبب الذي أدى إلى اتحاد الذمة . ويمكن تصور ذلك إذا ورث المدين الدائن ، فاتحدت الذمة في الدين ، ثم اتفق الوارث ،

(١) المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٩٣ - أوبري ودو ٤ فقرة ٣٣٠ ص ٣٦٢ - بلانيل وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٠٠ ص ٧١٢ - عل أنه إذا عاد هدين كما كان ، فإن التقادم الذي كان سارياً ضده يعتبر موقوفاً باتحاد الذمة ، ولا يعود إلى السريان إلا بعد زوال اتحاد الذمة (أنسيكلوبيدي دالوز ١ لفظ confusion فقرة ٤٩) .

(٢) أما إذا كان الالتزام نفسه الذي اتحدت الذمة فيه مطلقاً على شرط فاسخ أو واقف ، ثم تحقق الشرط الفاسخ أو لم يتحقق الشرط الواقف ، فإن اتحاد الذمة يعتبر كأن يكن ، لا لأن سببه قد زال بأثر رجعي ، بل لأنه تبين أن الالتزام الذي اتحدت الذمة فيه غير موجود أصلاً ، وغير الموجود لا يتحد فيه الذمة .

باعتباره دائئاً، مع شخص آخر فحول الدين له (١) . ففي هذه الحالة يعود الدين إلى الظهور في ذمة الوارث باعتباره مديناً ويصبح المحال له دائئاً للوارث (٢) .

ولكن لا يضار الغير بعودة الدين على هذا الوجه . ففي المثل الذي نحن بصدده ، إذا كان للدين كفيل شخصي أو عيني ، وبرت ذمة هذا الكفيل باتحاد الذمة ، ثم عاد الدين بعد أن زال بأثر غير رجعي السبب الذي أدى إلى اتحاد الذمة ، فإن الكفالة لا تعود . ولا يستطيع المحال له أن يرجع على الكفيل ، لأن الكفيل من الغير في الاتفاق الذي تم بين المحال له والوارث ، وقد برئت ذمته من الكفالة كما قدمنا ، فلا يضار بسبب اتفاق لم يكن هو طرفاً فيه (٣) .

(١) أو باع الوارث التركة بمالها من ديون (vente d'hérédité) ، أو باعت التركة أسهمها التي سبق أن اشتراها (بيدان ولا جارد ٩ فقرة ١٠٧٤ ص ١٣٩) .

انظر في هذا المعنى في القانون المدق العراقي مقال الأستاذ ضياء شيت خطاب في مجلة القضاء ببغداد السنة ١٥ ص ٢١٣ .

(٢) بلانيول وريبير وودوان ٧ فقرة ١٣٠٠ ص ٧١٢ .

(٣) أوبري ورو ٤ فقرة ٣٣٠ ص ٣٦٢ — ديمولومب ٢٨ فقرة ٧٣٩ — لوران ١٨

فقرة ٥٠٧ — هيك ٨ فقرة ١٧٩ — بودوي وهارد ٣ فقرة ١٩١٥ — الأستاذ عبد الحى حجازي ٣ ص ٣٠٥ — ص ٣٠٧ — وقارن چوسران ٢ فقرة ٩٤٨ .

الباب الثالث

انقضاء الالتزام دون الوفاء به

٥٧٥ — أسباب انقضاء الالتزام دون الوفاء به : قلنا أن الالتزام

قد ينقضى دون الوفاء به أصلاً ، ويتحقق ذلك في أسباب الانقضاء الآتية :

١ — الإبراء من الدين (Remise de dette) .

٢ — استحالة التنفيذ (Impossibilité d'exécution) .

٣ — التقادم المسقط (Prescription extinctive) .

ففي هذه الأسباب جميعاً تبرأ ذمة المدين من الدين دون أن يكون قد أدى للدائن شيئاً أصلاً ، لا الدين ذاته ولا ما يعادله .

ففي الإبراء قد نزل الدائن عن حقه مختاراً دون مقابل ، وهو الذي ارتضى ذلك .

وفي استحالة التنفيذ قد اضطر الدائن ألا يستوفى حقه ، لأن الوفاء به قد أصبح مستحيلاً .

وفي التقادم المسقط قد حال القانون دون أن يستوفى الدائن حقه ، وأبرأ ذمة المدين لاعتبارات تمت للمصلحة العامة .

الفصل الأول

الإبراء (*)

(Remise de dette)

٥٧٦ - كيف يتم الإبراء وما يترتب عليه من الآثار : الإبراء هو نزول الدائن عن حقه قبل المدين دون مقابل ، فهو تصرف تبرعى حتماً . وإذا استوفى الدائن عين حقه كان هذا وفاء ، وإذا استوفى مقابلاً في حقه كان هذا وفاء بمقابل (١) ، وإذا نزل عن حقه فلم يستوفه لا عيناً ولا بمقابل كان هذا إبراء . والإبراء تصرف قانوني يصدر من جانب واحد هو الدائن (٢) ، ومتى صدر متوافرة شروطه انقضى به الدين وبرزت ذمة المدين . فتكلم إذن في مسألتين : (١) كيف يتم الإبراء (٢) الآثار التي تترتب عليه .

الفرع الأول

كيف يتم الإبراء

٥٧٧ - التصوي القانوني : تنص المادة ٣٧١ من التقنين المدني على ما يأتي :

(*) مراجع : ليسونا (Lesona) بحث في نظرية عامة للتنازل في القانون المدني : المجلة الفصلية للقانون المدني سنة ١٩١٢ ص ٣٧٦ - ديتو (Raynaud) التنازل من الحقوق : المجلة الفصلية للقانون المدني سنة ١٩٣٦ ص ٧٦٣ .
(١) ومن قبيل الوفاء بمقابل أو بما يعادل للوفاء التجديد والمقاصة واتحاد الذمة ، وقد تقدم بيان ذلك .

خـ (٢) أما الوفاء فقد قلنا أنه تصرف قانوني صادر من الجانبين ، وقد يصدر من جانب واحد إذا أخذ صورة العرض الحقيقي مع الإيداع . وذكرنا أيضاً أن كلا من الوفاء بمقابل (dation en paiement) والتجديد تصرف قانوني صادر من الجانبين ، وأن كلا من المقاصة واتحاد الذمة واقعة مادية وليس تصرفاً قانونياً .

« ينقضى الالتزام إذا أبرأ الدائن مدينه مختاراً . ويتم الإبراء متى وصل إلى علم المدين ، ويرتد برده » .

وتنص المادة ٣٧٢ على ما يأتي :

١ - يسرى على الإبراء الأحكام الموضوعية التي تسرى على كل تبرع .

٢ - ولا يشترط فيه شكل خاص ، ولو وقع على التزام يشترط لقيامه شكل فرضه القانون أو اتفق عليه المعاهدان (١) .

وتقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق المادة ٢٤٣/١٨٠ (٢) .

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري

المادتين ٣٦٩ - ٣٧٠ - وفي التقنين المدني الليبي المادتين ٣٥٨ - ٣٥٩ -

(١) تاريخ النصوص :

م ٣٧١ : ورد هذا النص في المادة ٥١٠ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ينقضى الالتزام إذا أبرأ الدائن مدينه مختاراً ، ويتم الإبراء متى وصل إلى علم المدين ولم يمتنع عليه . وفي لجنة المراجعة أبدلت عبارة « ولم يمتنع عليه » بعبارة « ويرتد برده » ، وذكر في اللجنة أن هذا النص مقصود به أن يقع الإبراء بإرادة منفردة أخذاً بأحكام الشريعة الإسلامية ، وفيما يتم الإبراء بإرادة الدائن وحده . ويرتد بالرد من المدين ، ويعتبر الرد بمنزلة التبرع فلا يقبل من لا تتوافر فيه أهلية التبرع . وأصبحت المادة رقها ٣٨٤ في المشروع التام . ووافق عليها مجلس النواب . ثم وافقت عليها لجنة مجلس الشيوخ ، حل أن يكون المفهوم من كلمة « مختاراً » ألا يكون الإبراء مظنة الفسخ أو الإكراه لأن الاختيار في الإبراء هو المنصر للبارز . ووافق عليها مجلس الشيوخ تحت رقم ٣٧١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٩٥ - ص ٢٩٦) .

م ٣٧٢ : ورد هذا النص في المادة ٥١١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٨٥ في المشروع التام . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٣٧٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٩٧ - ص ٢٩٨) .

(٢) التقنين المدني السابق م ٢٤٣/١٨٠ : يسقط الدين عن المدين بإبراء ذمته من الدائن

إبراء اختيارياً إذا كان في الدائن أهلية التبرع . (أحكام التقنين السابق متفقة مع أحكام التقنين الجديد ، فيما عدا أن الإبراء في التقنين الجديد يتم بإرادة الدائن المنفردة ، أما في التقنين السابق فكان لا يتم إلا باتفاق بين الدائن والمدين : الموجز المؤلف فقرة ٩٧ - فقرة ٩٨ - الأستاذ أحمد حشمت أبوسيت فقرة ٨٢٧ - فقرة ٨٢٩ - وانظر أيضاً المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٩٤) .

وفي التقنين المدني العراقي المواد ٤٢١ - ٤٢٣ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المواد ٣٣٨ - ٣٤٠ (١).

ويخلص من هذه النصوص أن للإبراء مميزات ، هي أن يتم بإرادة منفردة من جانب الدائن ، وأنه تصرف قانوني تبرعى . ثم إنه يشترط لصحة الإبراء شروط ترجع إلى الموضوع لا إلى الشكل .

فنبحث إذن : (١) مميزات الإبراء (٢) الشروط الواجب توافرها فيه .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٣٦٩ - ٣٧٠ (مطابقتان للمادتين ٣٧١ - ٣٧٢ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٣٥٨ - ٣٥٩ (مطابقتان للمادتين ٣٧١ - ٣٧٢ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٤٢١ : يشترط لصحة الإبراء أن يكون المبرء أهلاً للتبرع .

م ٤٢٢ : ١ - لا يتوقف الإبراء على قبول المدين ، لكن إذا رده قبل القبول ارتد ، وإن مات قبل القبول فلا يؤخذ للمدين من تركته . ٢ - ويصح إبراء الميت من دينه .

م ٤٢٣ : يصح تعليق الإبراء . فإن علق الدائن إبراء مدينه من بعض الديون بشرط أداء البعض الآخر وأداء الدين بربى ، وإن لم يؤده فلا يبرأ ويبقى عليه الدين كله .

(وهذه الأحكام بعضها يتفق وبعضها لا يتعارض مع أحكام التقنين المصري : انظر الأستاذ حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني للعراق فقرة ٣٦٧ - فقرة ٣٧١) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني :

م ٣٣٨ : إن الإبراء من الدين أوتنازل الدائن من حقوقه لمصلحة المدين لا يكون إلا بمقتضى اتفاق إذ يفترض في الإبراء اتفاق أصحاب الشأن .

م ٣٣٩ : إن الإبراء لا يخضع لقواعد الشكل المختصة بالتبرع ولو أجراه الدائن بدون أية ستفعة مقابلة . لكنه يخضع في هذه الحال لقواعد الأساس المختصة بالتبرع ، وخصوصاً ما يتعلق منها بأهلية أصحاب الشأن .

م ٣٤٠ : يكون عند الإبراء صريحاً أو ضمناً ، فهو يستفاد من كل عمل أو كل حالة تدلّين منهما جلياً عند الدائن نية التنازل من حقوقه ، وعند المدين نية الاستفادة من هذا التنازل . إن التسليم الاختياري للسند الأصل الذى كان في حوزة الدائن يقدر معه حصول الإبراء إلى أن يثبت العكس . ولا يكفي رد الدائن الشيء المودع على سبيل التأمين (donnée en nantissement) ليبنى عليه مثل هذا التفسير . (وتتفق أحكام التقنين اللبناني مع أحكام التقنين المصري ، إلا في أمرين :

(١) الإبراء في التقنين اللبناني اتفاق لا إرادة واحدة . (٢) جعل التقنين اللبناني التسليم الاختياري للسند الأصل قرينة قانونية على الإبراء ، وقد كانت هذه القرينة القانونية موجوده في التقنين المصري السابق - م ٢١٩ - ٢٨٤/٢٢٠ - ٢٨٥ - ولم يتقلها التقنين الجديد .

المبحث الأول

مميزات الإبراء

٥٧٨ - الإبراء يتم بإرادة واحدة من جانب المرائع : الإبراء

تصرف قانوني (acte juridique) . وقد كان في التقنين المدني السابق ، ولا يزال في التقنين المدني الفرنسي ، اتفاقاً (convention) يتم بين الدائن والمدين على قضاء الدين دون مقابل (١) . فكان لا يكفي في الإبراء إرادة الدائن ، بل لابد أيضاً من قبول المدين حتى يتم ، وقبل هذا القبول كان الدائن يستطيع أن يعدل عن الإبراء وفقاً للقواعد العامة . وقد قيل في توجيه هذا التكييف إن الالتزام رابطة ما بين شخصين ، فلا بد في قضائها من تدخل هذين الشخصين معاً ، وهذا بخلاف الحق المبنى فانه سلطة على شيء معين فيجوز لصاحب هذه السلطة أن ينزل عنها بإرادته المنفردة (٢) .

وقد عدل التقنين المدني الجديد عن هذا التكييف التقليدي ، وصرح في المادة ٣٧١ مدني ، كما رأينا ، بأن الإبراء يتم متى وصل إلى علم المدين ، ويرتد برده . ومعنى ذلك أن الإبراء يتم بإرادة الدائن وحده ، لا باتفاق بين الدائن والمدين كما كان الأمر في التقنين المدني السابق (٣) . وقد اقتبس التقنين المدني الجديد هذا التكييف المستحدث من الفقه الإسلامي ، ففيه يتم الإبراء بإرادة الدائن المنفردة ويرتد بالرد . وقد غلب في هذا التكييف الطابع للمادى للالتزام على الطابع الذاتي ، فالالتزام قيمة مالية تدخل في حوزة الدائن ضمن العناصر الإيجابية التي تشمل عليها ذمته المالية ، فيستطيع الزول عنه بإرادته المنفردة كما يستطيع الزول عن

(١) وهو أيضاً اتفاق لا إرادة واحدة في التقنين المدني الألماني : انظر المادة ٣٩٧/١ من هذا التقنين .

(٢) برودى وبارد ٢ فقرة ١٧٦٧ - ص ٣ باج ٢ فقرة ٦٧٤ .

(٣) الأستاذ عبد الحمى حجازي ٣ ص ٣٠٩ - ص ٣١٠ - وتكفي إرادة الدائن المنفردة في الإبراء ، حتى لو كان الالتزام الذي يبرره الدائن من التزاماً من عقد ملزم للجائتين .

الحق العيني (١) . ولما كان الدائن لا يستطيع أن يفرض على المدين هذا النزول ، فقد يتحرج المدين من تفضل لا يريده من الدائن ، وقد يصير على الوفاء بالرغم من رغبة الدائن في إبرائه ، فقد أعطى القانون الحق للمدين في أن يرد الإبراء متى وصل إلى علمه ، وذكر أن الإبراء يرتد بالرد (٢) .

وهناك فروق واضحة بين أن يتم الإبراء بإرادة الدائن المنفردة وأن يتم باتفاق بينه وبين المدين ، نذكر منها ما يأتي :

١ - في التقنين المدني الجديد حيث يتم الإبراء بإرادة الدائن المنفردة ، يكفي أن تصل هذه الإرادة إلى علم المدين حتى يتم الإبراء ، ويتم من وقت هذا العلم . أما في التقنين المدني السابق فهذا لا يكفي ، بل يجب أيضاً أن يصدر قبول من المدين للإبراء ، ولا يتم الإبراء إلا من وقت هذا القبول .

٢ - ويترتب على ما تقدم أنه إذا أعلن الدائن إرادته في إبراء المدين ووصل هذا الإعلان إلى علم المدين ، لم يستطع الدائن ، في التقنين المدني الجديد ، أن يعدل عن الإبراء بعد أن تم . وإذا مات أو فقد أهليته قبل أن يصل الإعلان إلى علم المدين ، فإن ذلك لا يمنع من تمام الإبراء عند اتصال الإعلان بعلم المدين بعد موت الدائن أو فقدته لأهلية (م ٩٢ مدني) . أما في التقنين المدني السابق ، فما دام المدين ، حتى بعد علمه بإرادة الدائن في الإبراء ، لم يصدر منه قبول ، فقد كان يجوز للدائن أن يعدل عن هذا الإبراء . وإذا مات الدائن أو فقد أهليته قبل صدور القبول ، فقد كان الإيجاب يسقط (٣) ، ولا يجوز للمدين أن يقبل

(١) الموجز المؤلف من ٦١٨ حاش رقم ١ .

(٢) المذكرة الإيضاحية للشروع المهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٩٥ - وانظر المادة ٣٥٣ من التقنين التونسي - الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ٢٩٩ .

(٣) وينبغي على ذلك أنه إذا مات الدائن ، وترك سند الدين مؤشراً عليه بعدم مطالبة المدين به ، لم يجوز في التقنين المدني السابق أن يقبل هذا الإبراء بعد موت الدائن ، وكان لتركة الدائن الحق في مطالبة المدين بالدين (بلانويول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٠٤ ص ٧١٥ حاش رقم ٢) . وهذا ما لم يثبت المدين أنه يعلم بهذا التأشير وأنه صادر من الدائن على سبيل الإقرار بأن ذمة المدين قد برئت بالوفاء أو بإبراء قد تم وقبله المدين ، أو يثبت أن التأشير صادر من الدائن على سبيل الوصية . أما في التقنين المدني الجديد ، فهذا التأشير على سند الدين كاف متى وصل إلى علم المدين .

الإبراء بعد ذلك (١) .

٣ - إذا رد المدين الإبراء في التقنين المدني الجديد ، كان بهذا الرد يفقر نفسه . ذلك أن ذمته تبرأ من الدين بمجرد وصول الإبراء إلى علمه ، فبرده للإبراء يعود إلى ذمته بعد أن كان قد انقضى . ومن ثم لا بد أن تتوافر في المدين أهلية التبرع حتى يستطيع رد الإبراء (٢) ، وكذلك يجوز للدائنية أن يطعنوا في رده للإبراء بالدعوى البولصية لأن هذا الرد زاد في التزاماته إذ عاد الدين بالرد بعد انقضائه . أما في التقنين المدني السابق ، فإن رد المدين للإبراء لا يعتبر افتقاراً ، إذ الإبراء لا يتم إلا بقبوله . فهو برده للإبراء لم يفقر نفسه ، والدين لا يعود بالرد بعد انقضائه ، إذ هو لم ينقض ما دام المدين لم يقبل الإبراء . وإنما رد المدين للإبراء امتناع منه عن أن يثرى ، ومن ثم لا يشترط في الرد أن تتوافر في المدين أهلية التبرع ، ولا يجوز للدائنية أن يطعنوا في رده للإبراء بالدعوى البولصية .

من أجل هذه الفروق وغيرها يجب معرفة متى تسرى أحكام التقنين المدني الجديد في الإبراء . والعبرة في ذلك بوقت علم المدين بالإبراء . فإن كان قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ - موعد سريان التقنين الجديد - فإن الإبراء تسرى عليه أحكام التقنين المدني السابق ، فلا يتم إلا بقبول المدين (٣) . وإلا فإن أحكام التقنين المدني الجديد هي التي تسرى ، فيكفي علم المدين بالإبراء وعدم رده له حتى يتم .

(١) وإذا مات المدين قبل أن يقبل الإبراء ، فإن الإبراء لا يتم في التقنين المدني السابق ، ويؤخذ الدين من تركة المدين . أما في التقنين المدني الجديد ، فإنه إذا مات المدين دون أن يرد الإبراء ، تم الإبراء ولم يؤخذ الدين من تركة المدين . وينص التقنين العراقي (١/٤٢٢ م) على هذا الحكم صراحة ، إذ يقول : « وإن مات قبل القبول ، فلا يؤخذ الدين من تركته » . ونفس هذا التقنين (٢/٤٢٢ م) أيضاً حل أنه « يصح إبراء الميت من دينه » ، لئى أن الدائن يبرئ تركة المدين من الدين . وهذا جائز أيضاً في القانون المصري .

(٢) والرد كالإبراء قصر قانوني صادر من جانب واحد ، ولكته يصدر من المدين ، أما الإبراء فيصدر من الدائن . وهو كالإبراء أيضاً في أنه تصرف تبرعى ، فلا يقبل من المدين إذا لم تتوافر فيه أهلية التبرع (مجموعة الأحوال الشخصية ٢ ص ٢٩٥ وانظر تاريخ المادة ٣٧١ آتفاً بقرة ٥٧٧ في المامش - الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٢١٧) .

(٣) حتى لو صدر القبول بعد سريان التقنين المدني الجديد .

٥٧٩ — الإبراء تصرف تبرعى : وقد قدمنا أن الإبراء يصدر من

الدائن اختياراً دون مقابل ، فهو ينزل عن حقه دون عوض . ومن ثم يكون الإبراء تصرفاً تبرعياً محضاً من جانب الدائن .

وهذا هو الذى يميز الإبراء عن غيره من التصرفات القانونية المشابهة ، كالتجديد والصلح .

فيجب تمييز الإبراء عن التجديد . ففى التجديد يبرى الدائن ذمة المدين من الدين ، وهذا هو وجه المشابهة بالإبراء . ولكن الطرفين فى التجديد يتفقان على إنشاء دين جديد يحل محل الدين الأصيل ، فليس الإبراء من الدين الأصيل تبرعاً ، بل يقابله إنشاء دين جديد .

ويجب تمييز الإبراء عن الصلح . فقد يتضمن الصلح إبراء ، ولكنه إبراء بمقابل . فان كلا من المتصالحين ينزل عن بعض ما يدعيه ، فى مقابل التسليم له البعض الآخر (١) .

ويجب تمييز الإبراء أخيراً عن صلح الدائنين مع مدينهم المفلس (concordat) . فالدائنتون عند ما يبرئون ذمة مدينهم المفلس من جزء من الديون لا يبرعون ، ولكنهم يأملون من وراء هذا الإبراء أن يحصلوا على أكبر حصة ممكنة من حقوقهم ، وهم يسرون على المدين السبل التى تؤدى إلى ذلك ومنها إبراءه من جزء من ديونه . وبخالف الصلح مع المفلس الإبراء ، لافى انعدام نية التبرع فحسب ، بل أيضاً من وجوه أخرى . منها أن ليس من الضرورى فى الصلح مع المفلس أن يقبل جميع الدائنين الصلح ، بل يكفى أن تقبله أغلبية معينة من الدائنين فنرضه على الأقلية ، أما الإبراء فلا بد من رضا الدائن به مختاراً . ومنها أن الدائنين فى الصلح مع المفلس لا يبرئون المدين إلا من جزء من الدين ابتغاء

(١) بودرى وهارد ٣ ققرة ١٧٦٨ — بلاكول-وريجير وردوان ٧ ققرة ١٣٠٤ ص ٧١٥ — ص ٧١٦ — بيلان ولاجارد ٩ ققرة ١٠٢٥ — هى باج ٣ ققرة ٦٧١ — كولان وكابيتان ٢ ققرة ٥٨٠ — الاستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٣١٠ — وقلارن بلاكول وريجير وبولانجي ٢ ققرة ١٩٩٠ — جوران ٢ ققرة ٩٥١ .

الحصول على الباقي (١)، أما في الإبراء فان الدائن ينزل غالباً عن كل حقه وإن كان ليس هناك ما يمنع من أن يكون الإبراء مقصوراً على جزء من الدين . ومنها أن الصلح مع المفلس يتخلف عنه التزام طبيعي في ذمة المدين بالجزء من الدين الذي أبرىء منه لأن الدائنين لم يرضوا بهذا الإبراء مختارين ، أما في الإبراء فقد رضى الدائن بالنزول عن حقه مختاراً فترا ذمة المدين أصلاً ولا يتخلف عن الإبراء أى التزام طبيعي في ذمته (٢) .

فمنطقة الإبراء تتحدد إذن بما قدمناه من أنه نزول اختياري من الدائن عن حقه على سبيل التبرع ، أما التصرفات الأخرى التي تقاربه فهي ليست تصرفات تبرعية ولا تشترط فيها أهلية التبرع بل تكفي أهلية التصرف (٣) .

المبحث الثاني

الشروط الواجب توافرها في الإبراء

٥٨٠ - ليست هناك شروط من ناحية الشكل : رأينا أن الفقرة

الثانية من المادة ٣٧٢ مدني تقضي بأنه لا يشترط في الإبراء شكل خاص ، ولو وقع على التزام يشترط لقيامه توافر شكل فرضه القانون أو اتفق عليه المتعاقدان . فالإبراء إذن تصرف قانوني رضائي (consensual) وليس بشكلي

(١) وإذا لم يف المدين المفلس بما تمهد به انفسخ الصلح ، لأن الصلح مع المفلس ملق دائماً على شرط فاسخ هو وفاة المفلس بما تمهد به لدائنيه ، فإن تخلف هذا الشرط انفسخ الإبراء ورجع الدين كاملاً في ذمة المفلس لدائنيه (استئناف مخطط ٢٦ يونيو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٤٩٨) .

(٢) بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٧٤ — بيدان ولا جارد ٩ فقرة ١٠٣٣ — دي باج ٣

فقرة ٦٧٢ — ردوان في أنسيكلويدى دالوز ٤ لفظ Remise de dette فقرة ٤٨ .

يضاف إلى ما قلناه أن إبراء المدين يعبر ذمة الكفيل ، أما إبراء المدين المفلس في الصلح مع فلا يعبر ذمة الكفيل .

(٣) بلاثول وريجير وودوان ٧ فقرة ١٣٠٦ ص ٧١٧ .

(solennel) ، يتعقد بارادة الدائن دون حاجة إلى أن تفرغ هذه الإرادة في ورقة رسمية أو في أى شكل خاص .

وهذا صحيح ، بالرغم من أن الإبراء تصرف تبرعى كما قدمنا ؛ لأن الإبراء يعتبر هبة غير مباشرة ، والهبات غير المباشرة لا تشترط في انعقادها الرسمية التي تشترط في الهبات المباشرة (١) . وهذا صحيح أيضاً ، ولو وقع الإبراء على التزام مصلره عقد شكلي ، سواء كان الشكل مفروضاً بحكم القانون أو متفقاً عليه من المتعاقدين . فلو وعد شخص آخر بأن يهب مبلغاً من النقود ، فانه لا يلتزم بموجب هذا الوعد إلا إذا كان الوعد مكتوباً في ورقة رسمية بمقتضى حكم القانون (م ٤٩٠ مدنى) . فاذا فرضنا أن الوعد كتب في ورقة رسمية ، وترتب عليه التزام الواعد باعطاء هذا المبلغ من النقود للموعد له ، فان الموعد له وهو الدائن يستطيع أن يبرىء الواعد وهو المدين من التزامه ، دون حاجة إلى أن يفرغ الإبراء في ورقة رسمية . فالوعد إذن ليس ملزماً إلا إذا كتب في ورقة رسمية ، ولكن يمكن الإبراء منه دون حاجة إلى هذه الورقة . كذلك إذا اتفق المتبايعان على أن يكتب عقد البيع في ورقة رسمية ، فان التزام المشتري بدفع الثمن ، ومصلره عقد شكلي ، والشكلية هنا بمقتضى الاتفاق ، يمكن البائع لإبرائه منه دون حاجة إلى أن يكون الإبراء في ورقة رسمية (٢) .

وهذا كله لو صدر الإبراء من الدائن تصرفاً قانونياً حال الحياة . أما إذا كان الدائن قد أوصى ببراء مدينه ، فالإبراء هنا يكون وصية ، وتسرى أحكام الوصية في الشكل وفي الموضوع . فلا بد من إفراغه في صورة وصية في الشكل الواجب قانوناً ، ولا يتغذ إلا من ثلث التركة ، ويجوز للموصى الرجوع فيه قبل موته ، ويسقط إذا مات الموصى له قبل موت الموصى (٣) . على أن الإبراء إذا صدر من الدائن وهو في مرض الموت ، لم يشترط فيه أن يكون في شكل الوصية ، ولكن يسرى عليه حكم الوصية من حيث الموضوع ، إذ أن المادة ٩١٦ مدنى

(١) بلانبول وريبير ودهوان ٧ فقرة ١٣٠٥ .

(٢) المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التشريعية ٣ ص ٢٩٧ .

(٣) بودوى وهارد ٣ فقرة ١٧٧٥ .

تفرض بأن كل تصرف قانوني يصدر من شخص في مرض الموت ، ويكون مقصوداً به التبرع ، يعتبر تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت ، وتسرى عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى لهذا التصرف .

هذا وإذا كان لا يشترط في الإبراء شكل خاص ، فإن ذلك لا يمنع من أن المدين الذي يدعى أن دائته أبرأه من الدين يقع عليه عبء إثبات هذا الدين ، وتسرى في ذلك القواعد العامة في الإثبات . فإذا كان الالتزام الذي يدعى المدين أن للدائن أبرأه منه تزيد قيمته على عشرة جنهات ، لم يجوز له إثبات الإبراء إلا بالكتابة أو بما يقوم مقامها ، ولو أن الإبراء تصرف قانوني صادر بإرادة منفردة ، لأن وجوب الإثبات بالكتابة يسرى على جميع التصرفات القانونية ولو كانت صادرة بإرادة منفردة (١) . أما إذا كانت قيمة الالتزام لا تزيد على عشرة جنهات ، جاز للمدين إثبات الإبراء بالبينة أو بالقرائن . وقد كان التقنين المدني السابق يشتمل على نصوص تقيم قرينة قانونية لإثبات التخلص من الدين ، إما من طريق الإبراء أو من طريق الوفاء . فكانت المادة ٢٨٤/٢١٩ تنص على أن « لإثبات التخلص من الدين يكون بتسليم سنده أو صورته الواجبة التنفيذ إلى المدين » . وكانت المادة ٢٨٥/٢٢٠ تنص على ما يأتي : « ومع ذلك يجوز للدائن أن يثبت بالبينة أن وجود السند تحت يد المدين كان لسبب آخر غير تخلصه من الدين » . فكان تسليم الدائن للمدين سند الدين أو صورته الواجبة التنفيذ قرينة قانونية ، قابلة لإثبات العكس ، على براءة ذمة المدين من الدين ، إما عن طريق الوفاء وإما طريق الإبراء (٢) . ولم يستبق التقنين المدني الجديد هذه النصوص ، فنزلت هذه القرينة القانونية إلى مرتبة القرينة القضائية (٣) . والعبرة بتاريخ تسليم السند أو صورته الواجبة التنفيذ ، وهي

(١) الوسيط جزء ٢ ، فقرة ١٩٢ .

(٢) الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٨٢٩ .

(٣) الوسيط جزء ٢ ، فقرة ١٨٠ ص ٣٣٨ - ص ٣٣٩ - هذا وقد اشتمل التقنين المدني الفرنسي على نصين ، الأول منهما (١٢٨٢ م) يفرض بأن تسليم الدائن السند الأصل العرفي تسليمًا اختياريًا إلى المدين يستدل به على تخلص المدين من الدين . ويعتبر الفقه الفرنسي هذه القرينة القانونية قائمة لا تقبل لإثبات العكس ، وهي قرينة إما على الوفاء وإما على الإبراء . =

الواقعة المادية التي تستخلص منها القرينة . فان كان ذلك قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، كانت واقعة التسليم هذه قرينة قانونية قابلة لإثبات العكس ، تطبيقاً لأحكام التقنين المدني السابق ، وإلا فهي قرينة قضائية تطبيقاً لأحكام التقنين المدني الجديد .

٥٨١ - الشروط الموضوعية الواجب توافرها في الإبراء : وقد رأينا

أن الفقرة الأولى من المادة ٣٧٢ ملغى تنص على أنه « يسرى على الإبراء الأحكام الموضوعية التي تسرى على كل تبرع » .

ومن ثم فالإبراء لا بد فيه من صدور لإرادة من الدائن ، ليس لها شكل خاص كما قدمنا ، للنزول عن حقه دون مقابل . وأى تعبير عن هذه الإرادة يكفي ، سواء كان التعبير صريحاً أو ضمنياً (١) . إلا أن الإبراء لا يفترض ، لأنه نزول عن الحق ، فعند الشك لا يكون هناك محل لتفسير لإرادة الدائن بأنه قصد الإبراء (٢) . وهذه الإرادة يجب أن تصدر من دائن ذي أهلية كاملة ، والأهلية

- والنص الثاني (م ١٢٨٣) يقتضي بأن التسليم الاختياري للصورة الواجبة التنفيذ من السند الرسمي يكون قرينة إما على الإبراء وإما على الوفاء ، إلا إذا قام دليل العكس . والقرينة القانونية قابلة لإثبات العكس بصريح النص . وفي مناسبة هاتين القرينتين القانونيتين يسبب الفقه الفرنسي فيما يسميه بالإبراء الضمني (remise tacite de dette) . انظر في هذه المسألة : بودوي وهارد ٣ - فقرة ١٧٧٦ - فقرة ١٧٨٨ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٠٧ - فقرة ١٣١٢ - دي باج ٣ فقرة ٦٧٦ - فقرة ٦٨٣ .

أما في مصر فكل هذه القرائن تعتبر قرائن قضائية موكولة إلى تقدير القاضي . وقد نقل تقنين الموجبات والوفود الثاني (م ٢/٣٤٠) من التقنين المدني الفرنسي القرينة القانونية التي اشتملت عليها المادة ١٢٨٢ من هذا التقنين (انظر آنفاً فقرة ٥٧٧ في الهامش) . (١) انظر المادة ٣٤٠ من تقنين الموجبات والوفود الثاني - ولا يشترط في التعبير الصريح أن يتصحب مباشرة على الإبراء ، فالخاتمة الصورية التي يسطها الدائن للدين تكون صبراً صريحاً من الإبراء (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٠٥ - دي باج ٣ فقرة ٦٧٥ ص ٦٣٤) . ويكون تعبيراً ضمنياً من الإبراء ، في عقد ملزم للجائين لم يبدأ تنفيذه ، أن ينزل أحد المتعاقدين من حقه الثاني من هذا العقد ، فمجرد هذا النزول إبراءاً ضمنياً من جانب للمتعاقد الآخر من حقه المقابل ، ويرجع في ذلك إلى نية المتعاقدين (بودوي وهارد ٣ فقرة ١٧٧٢) .

(٢) استئناف وطني ٣٠ نوفمبر سنة ١٨٩٣ الحقوق ٨ ص ٣٥٣ - ١٧ أغسطس سنة ١٨٩٧ الحقوق ١٢ ص ٢٨٧ - استئناف مخطوط ٢ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٥٢ - ٨ طهر -

هنا هي أهلية التبرع ، لأن الإبراء تصرف تبرهي كما قلنا (١) . فلا يجوز تقاصر ولا للمحجور إبراء المدين من الدين ، لأن أهلية التبرع غير متوافرة فيهما . ولا يجوز للولي ولا الوصي ولا للقيم إبراء مدين الصغير أو المحجور من الدين ، لأنهم لا يملكون ولاية التبرع في مال محجورينهم . بل لا يجوز لهم ذلك حتى باذن من المحكمة ، فالمحكمة لا تملك ولاية التبرع في مال المحجور . والإبراء في جميع هذه الأحوال يكون باطلا . فيجب إذن أن يكون الدائن بالغاً سن الرشد غير محجور عليه ، حتى يصدر منه الإبراء صحيحاً (٢) . كذلك يجب أن تكون إرادة الدائن خالية من العيوب ، فيجب ألا يشوبها غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال ، وإلا كان الإبراء قابلاً للإبطال . وأكثر ما يشوب الإبراء هو الإكراه ، لأن الدائن لا يرى منبته عادة ، وإنما هو في الكثير من الأحوال يكون مكرهاً على ذلك . ومن ثم عنت المادة ٣٧١ مدني في صلبها أن تبرز وجوب خلو الإرادة من الإكراه وأن تكون إرادة مختارة ، فنصت على أن

= سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٤٩ - انظر أيضاً المادة ٤٢٤ من القانون المدني العراقي ققرة ٥٨٢ فيما يلي في الهامش .

فلا تبرأ ذمة التكفل بمصول الدائن على تأمين عني ، لأن الإبراء يفسر في أضيق الحدود (استئناف وطني ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٢١ الحاشية ٢ رقم ٦٧ ص ٢١٨) . وإذا رد الدائن التأمين الذي أعطاه لضمان دينه إلى المدين لم يفد ذلك أنه أبرأ المدين من الدين ، وإن كان قد يستفاد من أنه نزل عن التأمين (انظر المادة ٣/٣٤٠ من قانون الموجبات والنفوذ الملتزم) . وتأجير الدائن للمرتن المدين المرهونة للمشتري ، وتسهل هذا المشتري بفتح الدين للدائن المرتن ، لا يعتبر إبراء للمدين الأصل (الحقة ٢١ فبراير سنة ١٩٣٣ الحاشية ١٣ رقم ٦٥٨ ص ١٣١٢) . وإذا أوصى الدائن لمدينه بمن في تركته ، لم يفد ذلك أنه أبرأ من الدين (بودري وهارد ٣ ققرة ١٧٧٥ ص ١٠١ - ردوان في أنسيكلويد دالوز ٤ لفظ *Remise de dette* ققرة ١٨) .

(١) انظر المادة ٤٢١ من القانون المدني العراقي (آنفاً ققرة ٩٧٧ في الهامش) .

(٢) المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التصديرية ٣ ص ٢٩٧ - ولا يصدر الإبراء إلا من الدائن أو وكيله في الإبراء . فإذا كان هناك دائنون متضامنون ، وأبرأ أحدهم المدين ، وقع هذا الإبراء على حصة الدائن الذي صدر منه الإبراء ، وجاز لكل من باقي الدائنين المتضامنين أن يرجع على المدين بالدين بعد استئصال حصة هذا الدائن (انظر آنفاً ققرة ١٤١) .

• ينقضى الالتزام إذا أبرأ الدائن مدينه مختاراً (١) .

وللإبراء ، ككل تصرف قانوني ، محل . ومحل الإبراء هو الالتزام الذي يبرئ الدائن منه المدين . ويصح أن يقع الإبراء على أى التزام (٢) ، ما لم يكن ذلك مخالفاً للنظام العام (٣) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٩٦ — وانظر آنفاً فقرة ٥٧٧ في الهامش .
ويصح أن يكون الإبراء معلقاً على شرط فإذا كان الشرط فاسخاً أصبح الدين نفسه مطلقاً على شرط واقف ، وإذا كان الشرط واقعاً أصبح الدين مطلقاً على شرط فاسخ (ديمولومب ٢٨ فقرة ٣٨١ — بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٦٧ ص ٩٦ — الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٣١٤) . وقد ورد في التفتين المدنى المرقى نص صريح يجيز تعليق الإبراء على الشرط ، مخالفاً في ذلك للفتة الإسلاسي (انظر م ٢٤٣ من مرشد الجبران) ، فنصت المادة ٤٢٣ من هذا التفتين على أنه « يصح تعليق الإبراء ، فإن علق الدائن إبراء مدينه من بعض الديون بشرط أداء البعض الآخر وأداء المدين برى ، وإن لم يؤده فلا يبرأ ويقت عليه الدين كله » . ويقرب هذا الفرض من فرض الصلح مع المفلس ، فنية التبرع هنا غير واضحة ، إذ أن الدائن إنما أبرأ المدين من بعض الدين ليضمن استيفاء البعض الآخر .

(٢) والغالب أن يقع الإبراء على التزام بمنقول غير معين ، وبخاصه على التزام يدفع مبلغ من النقود ، ولكن لا يوجد ما يمنع من أن يقع على التزام بعين معينة بالذات . ولكن إذا كانت ملكية هذه العين تنتقل في الحال بمجرد قيام الالتزام ، لم ينسخ الحال للإبراء من التزام تم تضيئه . وكل ما يمكن عمله في هذه الحالة هو أن تعاد الملكية إلى صاحبها الأصل ، ولكن لا عن طريق الإبراء بل بعقد جديد ، وتعود الملكية مشغولة بالحقوق العينية التي ترتبت لغير (بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٧١ وفترة ١٧٧٣ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٠٦ ص ٧١٧) .

ولا يجوز النزول من حق قبل كسبه ، وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن القانون يقضى بعدم صحة التنازل عن الحقوق قبل وجودها وكسبها ، إذ الإنسان إنما يقتازل عما يثبت له (٢٩ مايو سنة ١٨٩٣ الحقوق ٩ ص ٢٢٥) . وقضت بأنه لا يجوز لأحد فريق الخصوم التنازل عن حق أكسبه إياه حكم ، إذا كان هذا التنازل يضر بمصلحة الفريق الثانى ، بأن يكون ذلك الحكم نفسه قاضياً لهذا الفريق الثانى بحق آخر مقابل الحق الذى قضى به للفريق الأول (٤ ديسمبر سنة ١٩٠٢ الحقوق ١٨ ص ١٥٦) .

ويصح للدائن في التزام طبيعى أن يبرئ مدينه من هذا الالتزام ، فإذا وفى المدين الالتزام بعد الإبراء جاز له استرداده (الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٣١٢ — ص ٣١٣) .

(٣) فلا يجوز النزول من حقوق الولاية والنسب ونحو ذلك من الحقوق المتعلقة بالنظام العام . كما لا يجوز النزول عن الحق في النفقة ، وإن كان يجوز إبراء المدين من نفقة متجسدة في ذمته (أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٢٢ ص ٣٠٧ — بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٧١) .

وللإبراء أخيراً ، ككل تصرف قانوني ، سبب . والسبب هو الباعث الدافع إلى الإبراء . فإن كان هذا الباعث مشروعاً ، صح الإبراء ، وإلا كان باطلاً (١) . وليس في هذا إلا تطبيق للقواعد العامة .

الفرع الثاني

الآثار التي تترتب على الإبراء

٥٨٢ - الإبراء يقضي المبرين : الإبراء سبب من أسباب انقضاء الالتزام . فإذا أبرأ الدائن مدينه من الدين الذي في ذمته ، فقد انقضى هذا الدين بالإبراء كما ينقضي بالوفاء ، وبرئت ذمة المدين . وهذا مايقضي به صدر المادة ٣٧١ مدني ، إذ يقول : « ينقضي الالتزام إذا أبرأ الدائن مدينه مختاراً (٢) » .
على أن الإبراء يرتد بالرد ، وفي هذا يقول عجز المادة ٣٧١ مدني : « ويتم الإبراء متى وصل إلى علم المدين ، ويرتد برده » . فإذا وصل الإبراء إلى علم

(١) كذلك إذا ثبت أن الإبراء كان له باعث معين ، ثم تخلف هذا الباعث ، سقط الإبراء — والإبراء في القانون الألماني تصرف مجرد (acte abstrait) ، فلا يتأثر بالباعث . فإذا إبرأ الدائن مدينه ، انقضى الدين وزالت التأمينات التي كانت تكفله . وإذا تبين بعد ذلك أن الباعث على الإبراء قد تخلف ، لم يسقط الإبراء ، ولم تعد التأمينات ، وإنما يرجع الدائن على المدين بدعوى الإثراء بلا سبب (انظر في هذه المسألة التطبيقات على التفتين المدني الألماني ١ م ٣٩٧ ص ٥٦٣ — ص ٥٦٤ — جوسران ٢ فقرة ٩٥١) .

(٢) وينص التفتين المدني العراقي في المادة ٤٢٠ على ما يأتي : « إذا إبرأ الدائن المدين ، سقط الدين » . ثم جاء في المادة ٤٢٤ من نفس التفتين : « ١ - إذا اتصل بالصلح إبراء خاص بالمصالح عنه ، فلا تسمع الدعوى في خصوص ذلك وتسمع في غيره . وإذا اتصل بالصلح إبراء عام من الحقوق والدماءى كافة ، فلا تسمع على المبرأ دعوى في أى حق كان قبل الصلح ، وتسمع على الحق الحادث بعده » . ٢ - وحكم البراءة المنفردة عن الصلح كحكم البراءة المتصلة به في الخصوص والمعموم » .

وهذا النص ليس إلا تطبيقاً لقاعدة عامة سبقت الإشارة إليها تنفي بأن الإبراء وهو نزول من الحق يجب أن يفسر في أضيق الحدود (انظر آنفاً فقرة ٥٨١ — وانظر الأستاذ حسن النون في أحكام الالتزام في القانون المدني للعراق فقرة ٧٣٠ ص ٣٢٧) .

المدين ، ولم يردده في المجلس الذي علم فيه (١) ، لم يستطع أن يردده بعد ذلك .
أما إذا رده في المجلس ، فانه يرتد . ويزول أثره ، ويعود الدين إلى ذمة المدين
بعد أن كان قد انقضى بالإبراء ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

ونرى مما تقدم أن الإبراء ، وهو يقضى الدين ، تصرف قانوني يفقر الدائن
إذ ينقص من حقوقه . وكذلك الرد ، وهو يعيد الدين إلى ذمة المدين بعد
انقضائه ، تصرف قانوني يفقر المدين إذ يزيد في التزاماته (٢) .

ولما كان يسرى على الإبراء الأحكام الموضوعية التي تسرى على كل تبرع ،
فإن أحكام الدعوى البولصية تسرى على الإبراء كما تسرى على أي تبرع (٣) .

(١) ولما كان تكليف الإبراء بأنه تصرف قانوني من جانب واحد يرتد بالرد مأخوذاً من
الفقه الإسلامي ، وجب الرجوع إلى الفقه الإسلامي لتحديد الوقت الذي يجوز فيه رد الإبراء .
فالرد يكون في مجلس الإبراء ، أي في المجلس الذي يعلم فيه المدين بالإبراء ، فلو رد المدين الإبراء
بعد انقضاء هذا المجلس بقى الإبراء نافذاً ولا يرتد . كذلك لو رد المدين الإبراء بعد قبوله إياه
لا يرتد ، والقبول إذا لم يكن ضرورياً لقيام الإبراء يحمله مع ذلك غير قابل للرد . وقد نصت
المادة ١٥٦٨ من المحلة حل أنه « لا يتوقف الإبراء على القبول ، ولكن يرتد بالرد . فإذا أبرأ
واحد آخر ، فلا يشترط قبوله . ولكن إذا رد الإبراء في ذلك المجلس بقوله لا أقبل ، ارتد
ذلك الإبراء ، يعني فلا يبق له حكم . ولكن لو رد الإبراء بعد قبوله ، فلا يرتد » . ويقول
الأستاذ سليم باز في التطبيق على هذا النص : « مفاده أنه يشترط أن يكون الرد في مجلس الإبراء ،
فلورده بعد التفرق لا يصح الرد ، ويبقى الإبراء نافذاً » (شرح المحلة للأستاذ سليم باز
م ١٥٦٨ ص ٨٥٣ - ص ٨٥٤) .

(٢) انظر آتقاً فقرة ٥٧٨ - والرد يعيد الدين كما كان ، بجميع مقوماته وصفاته ودفعه
وتأثيراته .

(٣) م ١/٣٧٢ مدني - وانظر المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في محسنة الأعمال
التحضيرية ٢ ص ٢٩٧ - ومن الأحكام الموضوعية التي تسرى على التبرعات جواز الرجوع في
الحبة لطرد مقبول (م ٥٠٠ مدني) ما لم يوجد مانع من الرجوع (م ٥٠٢ مدني) . ويعتبر
طرداً مقبولا الرجوع في الحبة لجسود الموهوب له ، وصيرورة الواهب عاجزاً عن أن يوفر لنفسه
أسباب المعيشة ، وأن يرزق الواهب بعد الحبة ولداً أو أن يكون له ولد ينظره ميتاً وقت الحبة فإذا
به حي (م ٥٠١ مدني) . وللظاهر أن هذه الأحكام الموضوعية تسرى على الإبراء كما تسرى على
الحبة (الموجز المؤلف فقرة ٩٧٧ ص ٦١٩ - الأستاذ أحمد حشمت أبو سميت فقرة ٨٢٧
ص ٦٣٣ - الأستاذ عبد الحى حجازي ٢ ص ٣١٣ - وانظر أيضاً في القانون الفرنسي حيث
يجوز الرجوع في الحبة لجسود الموهوب له أو لأن الموهوب له قد رزق ولداً وسريان هذه الأحكام -

ويترب على ذلك أمران : (أولاً) يجوز لدائني الدائن الذى صدر منه الإبراء أن يطعنوا فى هذا الإبراء بالدعوى البولصية ، كما يطعنون فى أى تبرع صادر من مدينهم . فليس فى حاجة إلا إلى إثبات إعسار الدائن الذى صدر منه الإبراء أو زيادة إعساره بسبب هذا الإبراء ، ولا ضرورة لإثبات تواطؤ المدين معه ، بل ولا لإثبات سوء نية الدائن نفسه ، وذلك تطبيقاً للفقرة الثانية من المادة ٢٣٨ مدنى ، وهى تقضى بأنه « إذا كان التصرف تبرعاً ، فانه لا ينفذ فى حق الدائن ، ولو كان من صدر له التبرع حسن النية ، ولو ثبت أن المدين لم يرتكب غشاً » . (ثانياً) وكذلك إذا رد المدين الإبراء ، فان هذا التصرف من جانبه يكون مفقراً إذ يزيد فى التزاماته كما تقدم القول . فيجوز لدائني المدين أن يطعنوا فيه بالدعوى البولصية كما سبق أن بينا (١) ، إذا أثبتوا أن رد الإبراء قد سبب إعسار المدين أو زاد فى إعساره ، دون حاجة إلى إثبات تواطؤ الدائن معه ، بل ولا سوء نية المدين .

٥٨٣ — وتنقضى مع المدين تأميناته : وإذ ينقضى الدين بالإبراء ، فانه ينقضى معه ما كان يكفله من تأمينات ، كرهن أو امتياز أو اختصاص أو كفالة . وحتى يكون زوال التأمينات سارياً فى حق الغير ، يجب شطب القيد طبقاً للقواعد المقررة .

وقد أورد التقنين المدنى السابق ، فى شأن الكفالة الشخصية ، سلسلة من النصوص لم ينقلها التقنين المدنى الجديد ، لأنها مجرد تطبيق للقواعد العامة ، فتسرى أحكامها دون حاجة إلى نص . من ذلك أن نصت المادة ٢٤٤/١٨١

= حل الإبراء . بوددى وبارد ٣ فقرة ١٧٦٩ ص ٩٨ — يلايول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٠٦ ص ٧١٧ — بيدان ولاجارد ٩ فقرة ١٠٢٦ — دى باج ٣ فقرة ٦٧٥ . وقد يقال إن الإبراء فى الفقه الإسلامى إسقاط ، والساقط لا يود (انظر شرح المحلة للأستاذ سليم بازم ٥١ ص ٤٠ وم ١٥٦٢ ص ٨٤٨ — ٨٤٩ وم ١٥٦٨ ص ٨٥٣) . ولكن لما كان نص الفقرة الأولى من المادة ٣٧٢ مدنى صريحاً فى أنه « يسرى حل الإبراء الأحكام الموضوعية التى تسرى حل كل تبرع » ، فالظاهر أن هذا النص يقضى بمریان أحكام الرجوع فى المحلة حل الإبراء .

(١) انظر آنفاً فقرة ٥٧٨ .

على أن « إبراء ذمة المدين من الدين يترتب عليه إبراء ذمة ضامنيه أيضاً » .
فتبرأ ذمة الكفيل الشخصى ببراءة ذمة المدين ، لأن التزام الكفيل تابع لالتزام المدين ، فإذا زال الأصل زال التبع (١) . ويستثنى من ذلك الإبراء الذى يتضمنه الصلح مع المفلس ، فإنه لا يبرىء ذمة الكفلاء كما رأينا ، بل إن فائدة الكفالة لا تظهر إلا عند إفلاس المدين فقد أراد الدائن أن يستوثق لحقه من ذلك (٢) . أما إبراء ذمة الكفيل فلا يبرىء ذمة المدين الأصلية ، لأن زوال التبع لا يستوجب زوال الأصل ، وفى هذا الصدد تنص المادة ٢٤٧/١٨٤ من القانون المدنى السابق على أنه « لا تبرأ ذمة المدين بإبراء ذمة ضامنه » . وإذا تعدد الكفلاء ، وأبرأ الدائن أحدهم ، فإن ذلك لا يعنى أنه أبرأ الباقين ، بل يجوز له مطالبة باقى الكفلاء كل بقدر الحصة التى كفلها إذا كان الكفلاء غير متضامنين ، أو أى منهم بالدين بعد استئزال حصة الكفيل الذى أبرأه إذا كان الكفلاء متضامنين (٣) . هذا كله ما لم يكن الكفيل الذى أبرأه الدائن قد كفل الدين بعد أن كفله الكفلاء الآخرون ، فهو إذا كان متأخراً عنهم لا يكونون قد اعتمدوا على كفالته ، فإذا أبرأه الدائن لم يجوز للكفلاء المتقدمين أن يستزلوا حصته . بل يرجع الدائن على كل منهم بعد تقسيم الدين كله بينهم دون الكفيل المتأخر إذا كانوا غير متضامنين ، أو يرجع على أى منهم

(١) ولا يجوز الدائن أن يبرىء ذمة المدين الأصل مع استبقائه الكفيل ملتزماً بالدين ، فإن حق التجريد المعطى للكفيل يمنع من ذلك . ولكن يظهر أنه يجوز الدائن الاحتفاظ بالكفيل إذا كان كفيلًا متضامناً مع المدين أو كان كفيلًا حينياً ، مع إبراء ذمة المدين الأصل (بيدان ولا جارد ٩ فقرة ١٠٣٢) .

(٢) استثنائاً مغلط ٢٥ مايو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٤١ — بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٩٤ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣١٢ — ويذهب بودرى وبارد (٣) فقرة ١٧٩٤) إلى أن الجزء من الديون الذى أبرىء منه المفلس يبقى التزاماً طيبياً فى ذمته ، ويصلح هذا الالتزام الطيبى أن يكون التزاماً أصلياً تستند إليه الكفالة . وقد رأينا أن الالتزام الطيبى لا يمكن كفالته إلا بالتزام طيبى مثله (انظر الوسيط جزء ٢ فقرة ٤٠٣) . عل أننا لسنا فى حاجة إلى تفاصيل بقاء الكفيل ملتزماً بجميع ديون المفلس حتى ما أبرىء منه بالصلح مع الدائنين ، فإن هذا هو الوضع الطيبى للكفيل ، فهو لم يكفل إلا هذا الإفلاس بالذات ، فإذا تحقق الإفلاس كان للدائنين حق الرجوع على الكفيل .

(٣) بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٩٧ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣١٢ .

بكل الدين إذا كانوا متضامنين . فرجوع الكفلاء على الكفيل الذى أبراه الدائن ، بمقدار حصته ، منوط بأن تكون ضمانة هذا الكفيل سابقة لضيانتهم أو مقارنة لها . وفى هذا الصدد تنص المادة ٢٤٨/١٨٥ من التفتين المدنى السابق على أنه « إذا تعدد الضامنون فى دين ، وأبرأ الدائن ذمة أحدهم ، جاز للباقي مطالبته بالضمان إذا كانت ضمانته سابقة على ضيانتهم أو مقارنة لها (١) » .

(١) لارومبيير م ١٢٨٧ فقرة ٤ — ديملومب ٢٨ فقرة ٤٦٨ — ديرانتون ١٢ فقرة ٣٧٥ — ماركادييه ٤ فقرة ٨٠٩ — بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٩٧ مكررة — الموجز للمؤلف فقرة ٩٨ — انظر عكس ذلك لوران ١٨ فقرة ٣٧٣ — هيك ٨ فقرة ١٤٠ .
وتنص المادة ١٢٨٨ من التفتين المدنى الفرنسى على أن « ما أخذه الدائن من الكفيل لإبراء ذمته من الكفالة يستزل من الدين ، وتبرأ بمقداره ذمة المدين الأصل وذمة الباقي من الكفلاء » . وهذا هو النص فى أصله الفرنسى Art. 1288: Ce que le créancier a reçu d'une caution pour la décharge de son cautionnement doit être imputé sur la dette et tourner à la décharge du débiteur principal et des autres cautions.
وهذا نص ينتقده الفقه الفرنسى لخالفته القواعد العامة، إذ أن نية الطرفين — الدائن الكفيل — قد انصرفت فى هذه الحالة إلى أن الكفيل دفع مقابلاً لإبراء ذمته من الكفالة ، وقد رضى الدائن بذلك معرضاً نفسه لخطر ألا يستوفى الدين كله أو بعضه من المدين الأصل . فالعقد بين الدائن والكفيل عقد احتمالى ، قد يكون مصدر ربح للدائن فيما إذا استوفى كل حقه من المدين الأصل ، وقد ينتهى به إلى الخسارة فيما إذا لم يستوف حقه . أو لم يستوف إلا جزءاً منه . فإ أخذه من الكفيل هو المقابل لهذا الخطر الذى عرض نفسه له ، فهو ضرب من التأمين (ديرانتون ١٢ فقرة ٣٧٩ — لارومبيير م ١٢٨٨ فقرة ٢ — ديملومب ٢٨ فقرة ٤٦٩ — فقرة ٤٧١ — لوران ١٨ فقرة ٣٧٤ — هيك ٨ فقرة ١٤١ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣١٢ ص ٧٢٤ — ص ٧٢٥) . ولم ينقل التفتين المصرى هذا النص ، فيجب تطبيق القواعد العامة . ومقتضى تطبيقها أن تكون العبرة بنية الطرفين ، الدائن والكفيل . فإن قصداً أن يقتضى الكفيل ذمته بما دفعه للدائن من المقابل ويكون للدائن بعد ذلك أن يرجع على المدين بكل الدين ، برئت ذمة الكفيل ، ولا يرجع عليه الدائن إذا لم يستوف كل حقه من المدين ولا يرجع هو على المدين بما أعطاه الدائن ، وكذلك لا يرجع على الدائن حتى لو استوفى هذا كل حقه من المدين . وإن قصداً أن يستنزى المقابل من الدين ، لم تبرأ ذمة الكفيل من باقى الدين ، ويرجع عليه الدائن إذا لم يستوف من المدين ما بقى من حقه ، ويرجع هو على المدين بما أعطاه الدائن . وعند الشك يكون المفروض أن الدائن بأخذه المقابل من الكفيل أراد إبراء ذمته من الكفالة ، ويكون للدائن قد احتفظ بحقه فى الرجوع بكل الدين على المدين ، إذ لو أراد استنزال المقابل من الدين ، لاستبقى الكفيل يرجع عليه فيما إذا لم يستوف من المدين الباقي من حقه .

٥٨٤ - إبراء الدائنين لأحد المدينين المتضامنين - أمثلة : وقد

يبرىء الدائن أحد المدينين المتضامنين، فلا تبرأ ذمة المدينين المتضامنين الباقين ، والدائن أن يطالب أيّاً منهم بالدين بعد استئزال حصة المدين الذي أبرأه . وهذا ما لم يكن الدائن قد صرح أنه أراد بذلك إبراء جميع المدينين المتضامنين ف تبرأ ذمتهم جميعاً، أو ما لم يكن على التقيض من ذلك قد احتفظ بحقه في الرجوع على أى من المدينين المتضامنين الباقين بكل الدين رغم إبراء أحدهم (١) . وقد يبرىء الدائن أحد المدينين المتضامنين من التضامن فحسب، فيبقى حقه في الرجوع على أى من المدينين الباقين بكل الدين ، ما لم يتفق على غير ذلك (٢) . وفي جميع الأحوال التي يبرىء فيها الدائن أحد المدينين المتضامنين ، سواء كان الإبراء من الدين أو من التضامن ، يكون لباقي المدينين أن يرجعوا عند الاقتضاء على هذا المدين بتصيبه في حصة المعسر منهم ، إلا إذا أدخل الدائن المدين الذي أبرأه من كل مسؤولية عن الدين ، فيتحمل هو نصيب هذا المدين في حصة المعسر (٣) . وقد تقدم بيان ذلك تفصيلاً عند الكلام في التضامن (٤) .

(١) م ٢٨٩ مدني - وانظر أيضاً المادة ١٨٢/٢٤٥ من التفتين المدني السابق .

(٢) م ٢٩٠ مدني .

(٣) م ٢٩١ مدني - وانظر أيضاً المادة ١٨٣/٢٤٦ من التفتين المدني السابق .

(٤) انظر آنفاً فقرة ١٩٣

الفصل الثاني

استحالة التنفيذ^(*)

(Impossibilité d'exécution)

٥٨٥ - مسألتاه : متى أصبح تنفيذ الالتزام مستحيلا ، فانه لا محالة يتقضى . وهذا ما تقتضيه طبائع الأشياء ، إذ لا التزام بمستحيل :
(à l'impossible nul n'est tenu) .
ونتكلم هنا في مسألتين : (١) متى تحقق استحالة التنفيذ (٢) الآثار التي ترتب على هذه الاستحالة .

الفرع الاول

متى تحقق استحالة التنفيذ

٥٨٦ - النصوص القانونية : تنص المادة ٣٧٣ من التقنين المدني على ما يأتي :

« يتقضى الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء أصبح مستحيلا لسبب أجنبي لا يد له فيه (١) » .

* مراجع : ردوان (Radouant) في الحادث الفجائي وقوة القاهرة رسالة من باريس سنة ١٩٢٠ — لبريه (Lebret) في وقف العقود وفسخها : المجلة الانتقادية سنة ١٩٢٤ ص ٥٨١ وما بعدها — ساروت (Sarraute) في وقف تنفيذ العقود رسالة من باريس سنة ١٩٢٩ .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥١٢ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٨٦ من المشروع التمهيدى . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٣٧٣ (مجموعة الأعمال للتصنيف ٣ ص ٢٩٩ — ص ٣٠٠) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المواد ١٧٧/٢٤٠ و ١٧٨/٢٤١ و ١٧٩/٢٤٢ (١).

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٣٧١ — وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٦٠ — وفي التقنين المدني العراقي المادة ٤٢٥ — وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادتين ٣٤١/٣٤٢ (٢).

(١) التقنين المدني السابق م ١٧٧/٢٤٠ تزول التعهدات بالفسخ إذا صار الوفاء بعد وجودها غير ممكن .

م ١٧٨/٢٤١ : إذا صار الوفاء غير ممكن بتقصير المدين ، أو حدث عدم الامكان بعد تكليفه بالوفاء تكليفاً رسمياً ، ألزم بالتضمنات .

م ١٧٩/٢٤٢ : إذا انقسخ التعهد بسبب عدم إمكان الوفاء ، تنسخ أيضاً كافة التعهدات المتعلقة به ، بدون إخلال بما يلزم من التضمنات لمستحقها في نظير ما حصل عليه غيرم من المنفعة دون حق ، ولا يترتب على الفسخ إخلال بحقوق الدائنين المرتبطين بالحسن النية (انظر قانون د تم ٧٩ لسنة ١٩٣٣) .

(وأحكام التقنين السابق متفقة مع أحكام التقنين الجديد ، وقد أسهب التقنين السابق في التفريع على الموضوع الأصل . وفي هذا نقول المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى : هـ لم يفرد المشروع لاستحالة التنفيذ سوى مادة واحدة ، قرر فيها قاعدة انقضاء الالتزام متى أصبح تنفيذه مستحيلاً من جراء سبب أجنبي . أما انقضاء الالتزامات المتقابلة في العقود التبادلية ، وحق الدائن في انتضاء التعويض عند رجوع الاستحالة إلى فعل المدين ، فلم يشغل المشروع بهما نصوص هذا الفرع على نحو ما فعل التقنين الراهن (السابق) غافلاً عن انتفاء وجه المناسبة . وهذا وفق المشروع إلى المتوسط ، فخفف من هذه النصوص دون أن يفلتها كل الإفغال ، كما فعل المشروع الفرنسي الإيطالي : مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٩٨ — وانظر في التقنين المدني السابق الموجز للمؤلف فقرة ٥٩٩ — فقرة ٦٠٢ — الأستاذ أحمد حشمت أبو سئيت فقرة ٨٣٠ — فقرة ٨٣٣) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٣٧١ (مطابقة لمادة ٣٧٣ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٣٦٠ (مطابقة لمادة ٣٧٣ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٤٢٥ (مطابقة لمادة ٣٧٣ من التقنين المدني المصري — وانظر

الأستاذ حسن الزنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ٣٧٢ — فقرة ٢٧٤) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٣٤١ : يفسخ الموجب إذا كان ، بعد نشأته ، قد أصبح

موضعه مستحيلاً من الوجه الطبيعي أو الوجه القانوني بدون فعل أو خطأ من المدين .

م ٣٤٢ : يجب على المدين أن يقيم للبرهان على وجود القوة القاهرة ، ويثبت مع ذلك —

ويخلص من هذا النص أن هناك شرطين حتى تتحقق استحالة التنفيذ التي تقضى الالتزام : (١) أن يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلا (٢) وأن ترجع هذه الاستحالة إلى سبب أجنبي لا يد للمدين فيه .

٥٨٧ — الشرط الأول — تنفيذ الالتزام يصبح مستحيلا :

يجب أن يصبح تنفيذ الالتزام ، بعد نشوئه ، مستحيلا استحالة فعلية أو استحالة قانونية . ولا يكفي أن يصبح تنفيذ الالتزام مرهقا ، ما دام لا يزال ممكنا .

فيجب أولا أن ينشأ الالتزام ممكنا ، فلا تطرأ الاستحالة إلا بعد نشوئه . ما إذا كان تنفيذ الالتزام منذ البداية مستحيلا ، فانه لا ينشأ أصلا ، ولا محل للقول بانقضاء ما لم يوجد . وإنما يكون العقد الذي رتب الالتزام المستحيل باطلا لعدم توافر الشروط اللازمة في المحل ، فمن شروط المحل أن يكون ممكنا إذا كان عملا أو امتناعا عن عمل ، وأن يكون موجودا إذا كان عينا معينة بالذات .

ويجب ، بعد أن ينشأ الالتزام ممكنا ، أن يطرأ ما يجعل تنفيذه مستحيلا . أما إذا طرأت حوادث جعلت تنفيذه مرهقا ، مع بقاءه ممكنا ، فلا ينقضى الالتزام . وإنما تنقل في هذه الحالة إلى نظرية الحوادث الطارئة (théorie de l'imprévision) وأثر الحوادث الطارئة في الالتزام ، وهو ما تقرره الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ مدني إذ تقول : « ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها ، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى ، وإن لم يصبح مستحيلا ، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة ، جاز للقاضي ، تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول . ويقع باطلا كل اتفاق عن خلاف ذلك » . وقد سبق تفصيل القول في نظرية الحوادث الطارئة (١) .

— لئلا تنسح لكي يثبت أن الطارىء الذى وقع بمنزل عن المدين كان مسبوقا أو مصحوبا بخطأ ارتكبه المدينون كإبطاء في التنفيذ جله في حالة التأخر ، وفي مثل هذا الموقف يظل الموجب قائما .

(وهذه الأحكام تتفق مع أحكام التفتين المصرى) .

(١) الوسيط جزء أول فقرة ٣١٤ — فقرة ٤٧٣ .

فيجب إذن ، حتى ينقضى الالتزام ، أن يطرأ ما يجعل تنفيذه مستحيلا استحالة فعلية أو استحالة قانونية في الوقت الذي يجب فيه تنفيذه . فلو طرأ ما يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا استحالة مؤقتة ما بين وقت نشوئه ووقت التنفيذ ، ثم زال هذا الطارئ عند حلول ميعاد التنفيذ فأصبح تنفيذ الالتزام ممكنا في هذا الوقت ، فإن الاستحالة السابقة التي زالت لا أثر لها في الالتزام ، بل يبقى الالتزام قائما واجبا للتنفيذ . وحتى لو كان الالتزام مستحيلا تنفيذه وقت حلول ميعاد التنفيذ ، ولكن هذه الاستحالة ليست دائمة ، وأمكن أن تزول في وقت يكون تنفيذ الالتزام فيه غير متعارض مع الغرض الذي من أجله وجد الالتزام ، فإن هذه الاستحالة المؤقتة ليس من شأنها أن تفضي الالتزام ، بل هي تقتصر على وقفه إلى أن يصبح قابلا للتنفيذ فينقذ (١) .

أما أن يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلا استحالة فعلية ، فهذه مسألة واقع يقدرها قاضي الموضوع تقديرأ نهائياً لا معقب عليه من محكمة النقض . فالالتزام ينقل جن عيني ، وإذا وقع على عين معينة بالذات ، يصبح تنفيذه مستحيلا إذا هلك هذا الشيء ، أو تلف تلفاً يجعله في حكم الهالك ، أو فقد بحيث لا يمكن معرفة مكانه (٢) . وإذا وقع الالتزام على شيء غير معين إلا بنوعه ومقداره ، فمن الصعب أن نتصور استحالة تنفيذ هذا الالتزام ، لأن الشيء غير المعين بالذات يوجد بنفسه ، والجنس لا ينعدم (genera non pereunt) (٣) . ومع ذلك فقد يقع في بعض الأحوال الاستثنائية أن يتعذر التنفيذ، كما إذا كان المدين ملتزماً بتوريد أزهار نادرة أو شيء بطل صنعه فلم يستطع العثور على ما التزم به (٤) . والالتزام بعمل، كالالتزام المصور برسم صورة ، يصبح تنفيذه مستحيلا إذا أصيب هذا الفنان بفقد يصره أو يبرر يده فلم يعد قادراً على الرسم (٥) .

(١) بلانويل وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣١٦ .

(٢) بيدان ولاجارد ٩ فقرة ١٠٧٨ .

(٣) أوبري ورو ٤ فقرة ٣٣١ ص ٣٦٦ .

(٤) بلانويل وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣١٥ ص ٧٢٧ - دي باج ٣ فقرة ٦٩٩ ص ٦٥٦ .

(٥) بيدان ولاجارد ٩ فقرة ١٠٨٢ ص ١٤٥ - وإذا تعهد مثل بالتفصيل في وقت معين ،

وأصبح معرض في هذا الوقت يقصده عن التفصيل، أصبح تنفيذ التزامه مستحيلا (كولان وكابيطان ٢ فقرة ٥٨٨) .

والالتزام بالامتناع عن عمل يصبح تنفيذه مستحيلاً إذا اضطّر المدين إلى إتيان هذا العمل الذي التزم بالامتناع عنه .

وأما أن يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلاً استحالة قانونية ، فهذه مسألة قانون تخضع لرقابة محكمة النقض . من ذلك أن يكون المدين ملتزماً بنقل ملكية أرض ، فتزاع ملكيتها قبل التنفيذ للمصلحة العامة ، فيتعلل تعللاً قانونياً بتنفيذ الالتزام . ومن ذلك أيضاً أن يكون المدين ملتزماً بتوريد شيء ، ثم يحرم القانون صنعه ، فيصبح تنفيذ الالتزام مستحيلاً استحالة قانونية (١) .

٥٨٨ - الشرط الثاني - استحالة التنفيذ ترمع الى سبب أجنبي

لا بد للمدين فيه : ولا يكتفى أن يستحيل تنفيذ الالتزام على النحو الذي قدمناه حتى ينقضى ، بل يجب أيضاً أن تكون هذه الاستحالة راجعة إلى سبب أجنبي لا يد المدين فيه .

فإن كانت الاستحالة راجعة إلى خطأ المدين ، لم ينقض الالتزام . ولكن لما كان تنفيذه العيني أصبح مستحيلاً ، وجب تنفيذه عن طريق التعويض . وحيث يستحيل التنفيذ العيني ويجب التعويض مكانه ، فإنه لا يجوز القول بأن الالتزام الأصلي قد انقضى وحل محله التزام جديد محله التعويض . بل إن الالتزام باقٍ بعينه ، وإنما تحول محله من التنفيذ العيني إلى التعويض . وهذا التحول يجري بحكم القانون تمثيلاً مع مقتضى إرادة الطرفين ، فليس مما يتعارض مع إرادتهما ، إذا تعلل التنفيذ العيني بخطأ المدين ، أن يتحول محل الالتزام إلى تعويض . وقد سبق الإشارة إلى ذلك (٢) . ولهذا التكييف أهمية عملية كبيرة . فلو قلنا إن الالتزام الأصلي قد انقضى وحل محله التزام جديد ، لترتب على ذلك انقضاء التأمينات التي كانت تكفل الالتزام الأصلي وانقطاع مدة التقادم التي

(١) ومنذ حرم الرق أصبح التعامل في الرقيق مستحيلاً استحالة قانونية (بودي وهارد ٣ فقرة ١٩١٧ ص ٢٥٠ - ييدان ولاجارد ٩ فقرة ١٠٧٩ ص ١٤٣) . وإذا ثبت ، أثناء الحرب مثلا ، الكهات التي تستهلك من البنزين أو الغاز أو الكهرباء ، أصبح الالتزام الذي يمارس تنفيذه مع هذه القيود مستحيلاً استحالة قانونية (ييدان ولاجارد ٩ فقرة ١٠٨٢) .

(٢) الوسيط جزء ٢ فقرة ٤٠٩ .

كانت تسرى ضد هذا الالتزام ، ولترتب على ذلك أيضاً أن الالتزام بالتعويض الذى ينشأ من عدم تنفيذ العقد يكون التزاماً جديداً ليس مصدره العقد بل يكون المصدر خطأ تقصيراً من المدين . أما إذا أخذنا بالرأى الصحيح وقلنا إن الالتزام يبقى بعينه مع تحول محله ، لترتب على ذلك أن التأمينات التى كانت تكفل التنفيذ العيني لا تنقضى ، بل تتحول إلى كفالة التعويض . ولترتب على ذلك أيضاً أن مدة التقادم لا تنقطع ، بل تبقى سارية ضد الالتزام بعد أن تحول محله من تنفيذ عيني إلى تعويض . فلو كانت المدة التى انقضت أربع عشرة سنة مثلاً ، ثم استحال تنفيذ الالتزام بخطأ المدين فتحول محله إلى تعويض ، فإن حق الدائن فى التعويض يسقط بالتقادم بعد انقضاء سنة واحدة وهى التى تكفل المدة التى انقضت إلى خمس عشرة سنة ، لا بانقضاء مدة تقادم جديدة فيما لو قلنا إن الالتزام بالتعويض هو التزام جديد . ولترتب على ذلك أخيراً أن الالتزام بالتعويض الذى ينشأ من عدم تنفيذ العقد هو عين الالتزام الذى نشأ من العقد منذ البداية ، فيكون مصدره العقد لا خطأ تقصيراً من المدين (١) .

أما إذا كانت الاستحالة راجعة إلى سبب أجنبي (٢) - والسبب الأجنبي هو الحادث القهجائى (cas fortuit) أو القوة القاهرة (force majeure) ، وخطأ الدائن (faute du créancier) ، وفعل الغير (fait d'un tiers) - فإن الالتزام ينقضى أصلاً ، ولا يقتصر الأمر فيه على أن يتحول محله إلى تعويض ، فالتعويض لا يكون مستحقاً ما دامت استحالة التنفيذ ترجع إلى سبب أجنبي ولا ترجع إلى خطأ المدين . وعب إثبات السبب الأجنبي يقع على المدين ، إذ بعد أن يثبت الدائن وجود الالتزام يجب على المدين أن يثبت تخلصه منه وفقاً للقواعد العامة ، وهنا لا يستطيع المدين أن يتخلص من الالتزام إلا إذا أثبت

(١) بودرى وبارد ٣ فقرة ١٩١٨ - بلانول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٩١٦ ص ٧٢٨ - بيدان ولاجلارد ٩ فقرة ١٠٧٨ ص ١٤٣ - الموجز للمؤلف فقرة ٤٤٢ ص ٤٣٩ ولكن قانون فقرة ٦٠١ ص ٦٢٢ .

(٢) ويلاحظ أن السبب الأجنبي الذى يحمل تنفيذ الالتزام مستحيلاً فيقضى إنما ينطبق بالأخص على الالتزامات العقبية . أما الالتزام الذى ينشأ عن عمل غير مشروع ، فهو لا ينشأ أصلاً - وبالأول لا ينقضى - بالسبب الأجنبي ، لأن السبب الأجنبي يزىل رابطة السببية فلا يتولد الالتزام (دس باج ٣ فقرة ٦٩٩ ص ٦٥٧) . ولذى ينقضى بالسبب الأجنبي إنما هو الالتزام القانونى العام ألا يضر شخص آخر بعمل غير مشروع ، إذا جاز أن يمد هذا التزاماً .

استحالة التنفيذ وأنها راجعة إلى سبب أجنبي (١) .

هذا وقد يرجع السبب الأجنبي إلى خطأ من المدين ، كما إذا كانت العين التي التزم بها قد احترقت أو سرقت وكان ذلك مصحوباً بتقصير من المدين . فلا يعتد في هذه الحالة بالسبب الأجنبي ، بل تعتبر استحالة التنفيذ راجعة إلى خطأ المدين ، ولا ينقضى الالتزام ، بل يتحول محله من تنفيذ عيني إلى تعويض (٢) . وعبء إثبات خطأ المدين يقع في هذه الحالة على الدائن .

وقد يتحمل المدين تبعه السبب الأجنبي ، فلا ينقضى الالتزام حتى لو استحال تنفيذه بسبب أجنبي ، ويتحول محله إلى تعويض . ويكون المدين في هذه الحالة إزاء الدائن بمثابة المؤمن ، يؤمنه من الحوادث التي ترجع إلى القوة القاهرة (٣) .

كذلك إذا استحال تنفيذ الالتزام بسبب أجنبي ، ولكن الدائن كان قد أعلز المدين قبل استحالة التنفيذ ، فإن الإعذار يجعل المدين مسئولاً عن استحالة التنفيذ كما لو كانت هذه الاستحالة ترجع إلى خطأه ، فلا ينقضى الالتزام بل يتحول محله إلى تعويض . وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٢٠٧ مدني على هذا الحكم صراحة إذ تقول : « إذا التزم المدين أن ينقل حقاً عينياً أو أن يقوم بعمل ، وتضمن التزامه أن يسلم شيئاً ولم يقم بتسليمه بعد أن أعلز ، فإن هلاك الشيء يكون عليه ولو كان الهلاك قبل الإعذار على الدائن (٤) » . على أن الالتزام ينقضى ، حتى لو كان المدين قد أعلز قبل استحالة التنفيذ ، إذا أثبت أن الشيء كان يهلك كذلك عند الدائن لو أنه سلم إليه . وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٢٠٧ مدني على هذا الحكم صراحة

(١) بودوي وبارد ٣ فقرة ١٩٢٢ - بلانويول وريبير وودوان ٧ فقرة ١٣١٨ - وتقدير ما إذا كانت الواقعة المصيبة بها تعتبر قوة القاهرة هو تقدير موضوعي تملكه محكمة الموضوع في حدود سلطاتها التقديرية ، ما دامت قد أقامت قضائها على أسباب سائفة (نقض مدني ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ١٤٥ من ١٠٢٢) ، وما دامت الشروط اللازمة قانوناً لقيام القوة القاهرة متوافرة .

(٢) بودوي وبارد ٣ فقرة ١٩٢٢ - وانظر المادة ٣٤٢ من تقنين الموجبات والعقود البيناني (آنفاً فقرة ٥٨٦ في الهامش) .

(٣) نقض مدني ٢٩ أكتوبر سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٧٣ من ٧٤٦ .

(٤) الوسيط جزء ٢ فقرة ٤٣٢ .

إذ تقول : « ومع ذلك لا يكون الهلاك على المدين ، ولو أعذر ، إذا أثبت أن الشيء كان يهلك كذلك عند الدائن لو أنه سلم إليه ، ما لم يكن المدين قد قبل أن يتحمل تبعة الحوادث المفاجئة (١) » . بل إنه إذا كان الالتزام مترتباً في ذمة السارق برد الشيء المسروق ، فإنه لا ينقضي حتى لو هلك الشيء بسبب أجنبي ، وحتى لو لم يكن السارق معذراً قبل هذا الهلاك ، وحتى لو أثبت السارق أن الشيء كان يهلك عند صاحبه لو أنه رده إليه . وهذا ما تنص عليه صراحة الفقرة الثالثة من المادة ٢٠٧ مدني إذ تقول : « على أن الشيء المسروق إذا هلك أوضاع بأية صورة كانت ، فإن تبعة الهلاك تقع على السارق (٢) » .

الفرع الثاني

الآثار التي تترتب على استحالة التنفيذ

٥٨٩ — **انقضاء الالتزام وتوابعه** : يترتب على استحالة تنفيذ الالتزام بسبب أجنبي على النحو الذي قلناه أن ينقضي هذا الالتزام ، إذ التنفيذ قد أصبح مستحيلاً ، والمدين غير مسئول عن هذه الاستحالة ، فلا مناص من القول بانقضاء الالتزام (٣) .

وينقضي الالتزام بتوابعه ، وبخاصة تنقضي جميع التأمينات العينية والشخصية

-
- (١) بلانيول وريبير وودوان ٧ فقرة ١٣٢٢ — دي باج ٣ فقرة ٧٠٢ .
(٢) توليه ٧ فقرة ٤٨٦ — بودري وبارد ٣ فقرة ١٩٢٥ — بلانيول وريبير وودوان ٧ فقرة ١٣٣٣ — جوران ٢ فقرة ٩٦٢ — دي باج ٣ فقرة ٧٠٢ — وقارن أوبري ودو ٤ فقرة ٢٣١ ص ٣٦٥ هامش رقم ٦ — ديرانتون ١٢ فقرة ٥٠٦ — وافطر في كل ذلك الوسيط جزء ٢ فقرة ٤٣٢ ص ٧٨٨ .
(٣) المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٩٩ — وإذا هلك الشيء هلاكاً جزئياً بسبب أجنبي ، تخلص المدين من الالتزام بتسليمه إلى الدائن الجزء غير الهالك (بودري وبارد ٣ فقرة ١٩١٦) ، ويجوز للدائن في هذه الحالة أن يرفض تسليم الجزء غير الهالك لأنه لا يجبر على الوفاء الجزئي (بلانيول وريبير وودوان ٢ فقرة ٢٠١٣ — أسيلاكويدي دالوز ٣ لفظ *perte de la chose due* فقرة ٤) .

التي كانت تكفله . فإذا كان هناك رهن أو حق امتياز أو حق اختصاص يكفل الالتزام قبل استحالة تنفيذه ، فإن هذه الحقوق العينية تنقضي بانقضاء الالتزام ، ويجب على الدائن أن يقوم بالأجراءات الواجبة لشطب القيد الذي كان يشهر هذه التأمينات .

وإذا كان للالتزام كفيل شخصي ، ثم استحال تنفيذه بسبب أجنبي فانقضى ، وبرئت ذمة المدين منه ، فإن ذمة الكفيل الشخصي تبرأ تبعاً لبراءة ذمة المدين . وقد يكون الالتزام مترتباً في ذمة مدينين متضامين متعددين ، ثم يستحيل تنفيذه بسبب أجنبي فينقضي ، فتبرأ ذمة جميع المدينين المتضامين . أما إذا استحال التنفيذ خطأ أحد المدينين المتضامين دون الباقي ، فإن خطأ هذا المدين لا يتعدى أثره إلى باقي المدينين المتضامين ، ويكون هذا المدين وحده هو المسئول عن التعويض . أما الباقي فيعتبر خطأ المدين بالنسبة إليهم من قبيل فعل الغير ، أي يعتبر سبباً أجنبياً ، فينقضي الدين بالنسبة إليهم ، وتبرأ ذمتهم منه . وقد سبق بيان ذلك عند الكلام في التضامن (١) .

كذلك إذا كان الالتزام مترتباً في ذمة المدين لمصلحة عدد من الدائنين المتضامين ، واستحال تنفيذه لسبب أجنبي ، فإنه ينقضي بالنسبة إلى جميع الدائنين المتضامين .

ومضى انقضى الالتزام وتوابعه ، فإن المدين يلتزم أن ينزل للدائنين عما قد يكون له من حق أو دعوى في التعويض عن الشيء الذي هلك . فإذا كان الشيء مؤمناً عليه فاستحق المدين مبلغ التأمين ، أو كان هلاك الشيء بفعل أجنبي

(١) انظر آتياً فقرة ١٨٩ من ٣٠٩ هامش رقم ٢ - وقارن المادة ١٢٠٥ من القانون المدني الفرنسي وبودرى وبارد ٣ فقرة ١٩٢١ .

هذا وإذا استحال تنفيذ الالتزام خطأ المدين ، فإن الحمل يتحول إلى تعويض كما قلنا ، ولا تبرأ ذمة المدين . كذلك لا تبرأ ذمة الكفيل بل يبقى كفيلاً للتعويض ، وكذلك لا تنقضي التأمينات بل تبقى ضماناً للتعويض (بودرى وبارد ٣ فقرة ١٩٢١ من ٢٥٥) .

أما إذا هلك الشيء بفعل الكفيل ، فإن ذمة المدين الأصل تبرأ من الدين ، إذ يعتبر فعل الكفيل سبباً أجنبياً بالنسبة إلى المدين الأصل (بودرى وبارد ٣ فقرة ١٩٢١ من ٢٥٥) . وتبرأ ذمة الكفيل - باعتباره كفيلاً - ببراءة ذمة المدين الأصل ، ولكن الكفيل يكون مسؤولاً من فله كدين أصل نحو الدائن .

فاستحق المدين التعويض ، وجب على المدين أن ينقل إلى الدائن حقه في مبلغ التأمين أو حقه في التعويض . وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدني الجديد يتضمن نصاً في هذا المعنى ، هو نص المادة ٢٨٣ من هذا المشروع ، وكانت تجري على الوجه الآتى : « في الالتزام بنقل حق عيني ، إذا هلك الشيء أو ضاع أو خرج من التعامل لسبب أجنبي لا يد للمدين فيه ، التزم المدين أن يتنازل للدائن عما قد يكون له من حق أو دعوى في التعويض عن هذا الشيء » . وقد حذف هذا النص في لجنة المراجعة ، لأن الحكم الوارد فيه حكم تفصيلي يمكن فيه تطبيق القواعد العامة (١) . وورد في تقنين الموجبات والعقود اللبناني نص صريح في هذا الحكم ، هو نص المادة ٣٤٣ (٢) .

٥٩٠ - تحمل التبعة في العقود في الملك : وإذا انقضى الالتزام لاستحالة

تنفيذه بسبب أجنبي فقد انقضى دون أن يستوفي الدائن حقه ، لا عيناً ولا بمقابل .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥١٩ هامش رقم ١ - وانظر الوسيط جزء ٢ فقرة ٤٣٢ ص ٧٨٧ وهامش رقم ١ . ويشتمل التقنين المدني الفرنسي على نص يقرر هذا الحكم هو المادة ١٢٠٣ . وهذا النص يفتقده الفقه الفرنسي . فهو قد كان مفهوماً في ضوء تقاليد القانون الماضية وأحكام القانون الروماني ، إذ كان البيع لا ينقل الملكية . فيظل البائع مالكا للشيء ، فإذا هلك كان البائع هو الذي يملك دعوى التعويض ، ومن ثم وجب أن ينقلها إلى المشتري . أما الآن فالبيع ينقل الملكية إلى المشتري ، ودعوى التعويض يملكها المشتري مباشرة ، دون حاجة إلى أن ينقلها إليه البائع . على أن النص لا يزال مفيداً في الحالات التي يترأخى فيها نقل الملكية إلى المشتري ، فهلك الشيء قبل أن تنتقل الملكية إليه (أوبري ورو ٤ فقرة ٣٣١ ص ٣٦٥ هامش رقم ٥ - بودرى وبارد ٣ فقرة ١٩٢٦ - فقرة ١٩٢٧ - بلانيول وريبير وزدون ٧ فقرة ١٣١٩ - دي باج ٣ فقرة ٧٠٤ - بلانيول وريبير وبولانجي ٢ فقرة ٢٠١٤ - كولان وكايتان ٢ فقرة ٨٨٨ - أنسيلويدي واللوز ٣ فقط perte de la chose due فقرة ٧ - فقرة ٨ . وانظر المادة ٣٧ من قانون ١٣ يولييه سنة ١٩٣٠ في فرنسا الخاص بالتأمين . (٢) ويجري هذا النص على الوجه الآتي : « لا تبرأ ذمة المدين من أجل القوة القاهرة إلا بقدر استحالة التنفيذ ، فيمكن إذن ألا يكون سقوط الموجب إلا جزئياً . وفي جميع الأحوال ، حتى في حالة سقوط الموجب كله ، يلزم المدينون أن يتنازل للدائن عن الحقوق والدعوى المختصة بالتعويض بما يتعلق بالموجب السابق ، كما يلزمه أن يسلم إليه ما بقى من الشيء المالك إن كانت هناك بقية » . وانظر في وجوب تسليم بقية الشيء المالك : بودرى وبارد ٣ فقرة ١٩٢٧ ص ٢٦٥ - بلانيول وريبير وزدون ٧ فقرة ١٣١٩ ص ٧٢١ .

ومن ثم إذا نظر إلى هذا الالتزام وحده ، كان الدائن هو الذى يتحمل تبعه استحالة التنفيذ ، إذ عليه هو الغرم دون المدين . ويصدق ذلك ، فيتحمل الدائن وحده تبعه استحالة التنفيذ ، إذا كان الالتزام الذى استحاله تنفيذه ناشئاً من عقد ملزم لجانب واحد . ذلك أن المدين فى هذا العقد تبرأ ذمته ويتقضى التزامه باستحالة تنفيذه ، دون أن يكون للدائن تعويض مقابل ، إذ العقد لا ينشئ إلا هذا الالتزام فى جانب المدين . أما إذا كان الالتزام ناشئاً من عقد ملزم للجانبين ، واستحال تنفيذ أحد الالتزامين المتقابلين بسبب أجنبي ، فانقضى هذا الالتزام ، فان انقضى المقابل يتقضى تبعاً لا نقضاء الالتزام الأول . وقد نصت المادة ١٥٩ مدنى على هذا الحكم صراحة إذ تقول : « فى العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه ، انقضت معه الالتزامات المقابلة له ، وينسخ العقد من تلقاء نفسه (١) » . ويترتب على ذلك أن المدين فى العقد الملزم للجانبين ، إذا انقضى التزامه لاستحالة تنفيذه بسبب أجنبي يتحمل مع ذلك تبعه استحالة التنفيذ ، ولا يتحملها الدائن كما يتحملها فى العقد الملزم لجانب واحد . ذلك أن المدين ، إذا كان قد تحلل من تنفيذ التزامه بسبب استحالة تنفيذه ، يجد فى الوقت ذاته الالتزام الذى له فى ذمة الدائن - وهو الالتزام المقابل - قد انقضى هو أيضاً بسبب انقضاء الالتزام الأول ، وانفسخ العقد ، فيقع عليه الغرم ، ومن ثم كان هو الذى يتحمل التبعة . وهذه هى نظرية تحمل التبعة فى العقد ، وهى كما نرى ترتبط ارتباطاً وثيقاً بانتضاء الالتزام لاستحالة تنفيذه بسبب أجنبي ، وقد سبق أن عالجناها فى الجزء الأول من الوسيط (٢) .

وهناك إلى جانب تحمل التبعة فى العقد تحمل التبعة فى الملك . وقد انفرد التقنين المدنى العراقى بالنص على تحمل التبعة فى الملك ، عقب النص الذى أورده فى خصوص انقضاء الالتزام لاستحالة تنفيذه بسبب أجنبي . ونقتصر هنا

(١) انظر الوسيط جزء أول فقرة ٤٨٩ - فقرة ٤٩٠ .

(٢) الوسيط جزء أول فقرة ٤٨٩ - فقرة ٤٩٠ - وانظر أيضاً دى باج ٣ فقرة ٦٩٦ ص ٦٥٧ - ص ٦٥٨ - أنسيكلويدى دالوز ٣ لفظ *perte de la chose due* فقرة ٦ - الموجز للمؤلف فقرة ٦٠٢ - الأستاذ عبد الحى حجازى ٢ ص ٣٤٣ - ص ٣٤٧ - الأستاذ لمسايل غام فى أحكام الالتزام فقرة ٣٠٠ ص ٣٧٧ .

على إيراد النصوص التي اشتمل عليها هذا التفتين في هذه المسألة ، مع التعليق عليها في إيجاز (١) .

نصت المادة ٤٢٦ من التفتين المدني العراقي على أنه « إذا انتقل الشيء إلى يد غير يد صاحبه ، بعقد أو بغير عقد ، وهلك دون تعد أو تقصير ، فإن كانت اليد يد ضمان هلك الشيء على صاحب اليد ، وإن كانت يد أمانة هلك الشيء على صاحبه » . ونصت المادة ٤٢٧ على أنه « ١ - تكون اليد يد ضمان إذا حاز صاحب اليد الشيء بقصد تملكه ، وتكون يد أمانة إذا حاز الشيء لا بقصد تملكه بل باعتباره نائباً عن المالك . ٢ - وتنقلب يد الأمانة إلى يد ضمان ، إذا كان صاحب اليد ولو بغير قصد التملك ، قد حبس الشيء عن صاحبه دون حق أو أخذه بغير إذنه » .

ونفرض هذه النصوص أن شيئاً قد انتقل من يد مالكه إلى يد غير المالك ، سواء انتقل بعقد كعارية أو ودیعة أو إيجار ، أو انتقل بغير عقد كحيازة بحسن نية أو بسوء نية أو غصب . ثم يهلك الشيء في يد غير المالك بسبب أجنبي . فإذا كان هناك التزام مترتب في ذمة غير المالك برد الشيء إلى صاحبه ، وقلنا إن هذا الالتزام ينقضي باستحالة تنفيذه بسبب أجنبي ، فإن المالك هو الذي يتحمل تبعه هلاك الشيء وقد هلك في غير يده . وهنا يميز التفتين المدني العراقي - أخذاً بأحكام الفقه الإسلامي - بين يد الضمان ويد الأمانة . فإن كانت يد غير المالك يد ضمان ، فإن التزامه برد الشيء إلى المالك لا ينقضي باستحالة تنفيذه ، بل يتحول هذا الالتزام إلى تعويض ، ويتحمل هو تبعه هلاك الشيء . أما إن كانت يد غير المالك يد أمانة ، فإن التزامه برد الشيء إلى المالك ينقضي باستحالة تنفيذه ، ويتحمل المالك إذن تبعه هلاك الشيء وإن كان قد هلك في غير يده ، لأنه هلك في يد هي يد أمانة . ثم يضع التفتين العراقي معياراً ليد الضمان وليد الأمانة ، فيد الضمان هي يد غير المالك إذا حاز الشيء بقصد تملكه ، ويد الأمانة هي يد غير المالك إذا حاز الشيء لا بقصد تملكه بل باعتباره نائباً عن المالك . فالغاصب ، والحائر بقصد التملك لاسيما إذا كان سيء النية ،

(١) والتفتين المدني العراقي وحده هو الذي أورد هذه النصوص ، كما قلنا ، فلم ترد في التفتين المدني المصري ، ومن ثم يجب في مصر تطبيق القواعد العامة في هذه المسائل .

ومن أخذ الشيء على سوم الشراء ، كل هؤلاء يدهم على الشيء يد ضمان . فان ملك بسبب أجنبي ، وجب عليهم الضمان ، وتحملوا هم دون المالك تبعة الهلاك . أما المستعير والمودع عنده والمستأجر ومن أخذ الشيء على سوم النظر ، فهؤلاء يدهم يد أمانة . فان هلك الشيء في يدهم بسبب أجنبي ، هلك على مالكة ، وانقضى التزام الحائز برد الشيء إلى مالكة لاستحالة تنفيذه بسبب أجنبي .

ومع ذلك فان يد الأمانة تنقلب إلى يد ضمان ، فتكون تبعة الهلاك في هذه الحالة على الحائز لا على المالك ، إذا كان الحائز ، ويده قد بدأت يد أمانة ، قد حبس الشيء عن صاحبه دون حق ، أو أخذه بغير إذنه ، ولو كان قد فعل هذا أو ذاك بغير قصد التملك . ذلك أن الحائز ، في هاتين الحالتين ، يكون بمثابة المدين المعتذر الذي يتحمل تبعة هلاك الشيء ولو بسبب أجنبي .

بقى بعد كل ذلك موقف البائع لعين معينة بالذات ، قبل تسليم هذه العين للمشتري . فهو من وجه يحوز الشيء بعد البيع لا بقصد تملكه ، وهو من وجه آخر يلتزم بتسليم الشيء إلى المشتري وهذا الالتزام مكمل لنقل الملكية ولم يحم بعد بتنفيذ التزامه . فان هلك الشيء في يده قبل التسليم ، فهل تكون يده يد أمانة ولا يهلك الشيء عليه اعتباراً بأنه لا يحوز الشيء بقصد تملكه ، أم تكون يده يد ضمان ويهلك الشيء عليه اعتباراً بأنه لم يحم بعد بواجب التسليم وهو التزام مكمل لنقل الملكية ؟ تجيب المادة ٤٢٨ من التقنين المدني العراقي على هذا السؤال بما يأتي : « إذا انتقلت ملكية الشيء بعقد ، كانت يد المالك القديم قبل التسليم يد ضمان ، وتنقلب يد أمانة إذا امتنع واجب التسليم بقيام سبب الحبس » . ومعنى ذلك أن المبيع يهلك على البائع قبل التسليم ، لأن يده تعتبر يد ضمان وإن كان غير مالك ، إذ لا يزال مترتباً في ذمته واجب التسليم ولم يحم به وهو التزام مكمل لنقل الملكية . أما إذا قام سبب حبس البائع المبيع في يده ، بأن كان لم يستوف ثمنه الواجب الأداء ، فامتنع واجب التسليم بسبب قيام سبب الحبس ، فان يد البائع ، وقد كانت يد ضمان كما رأينا ، تنقلب إلى يد أمانة . فاذا هلك الشيء بسبب أجنبي ، وهو محبوس في يده بسبب عدم استيفاء الثمن ، لم يهلك عليه بل يهلك على المشتري .

الفصل الثالث

التقادم المسقط (*)

(Prescription extinctive)

تمهيد

٥٩١ - التقادم المسقط والتقادم المكسب - وجوب الفصل بينهما:

جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد : « وفق التقنين الحالى (السابق) فى المبادعة بين أحكام التقادم المسقط وبين أحكام التقادم المكسب ، وقد تبعه المشروع فى ذلك . والحق أن هذين النظامين يختلفان كل الاختلاف من حيث الغاية والتطبيق والمشخصات الذاتية (١) » . فالتقنين المدنى الجديد قد فصل إذن - كما فصل التقنين المدنى السابق - ما بين التقادم

* مـرـيـع : جـوسـار (Gossart) فى التقادم المسقط فى الدعاوى رسالة من باريس سنة ١٨٨٦ - جندارد (Gondard) فى وقف التقادم وقاعدة وقف التقادم حيث يتصلر على الدائن قطع سريانه رسالة من باريس سنة ١٩٠٤ - جيرى (Guery) فى تقادم الدعوى العامة والدعوى المدنية رسالة من رن سنة ١٩٠٥ - بكنيو (Péquignot) فى التقادم الاتفاقى رسالة من ديجون سنة ١٩٠٥ - جوردان (Jourdan) فى التقادم فى التقنين المدنى الألفافى رسالة من باريس سنة ١٩٠٦ - بشرل (Becherel) فى تقادم الحقوق المعلقة على شرط رسالة من باريس سنة ١٩٠٩ - روشفور (Rochefort) فى تقادم الحقوق المعلقة على شرط رسالة من باريس سنة ١٩١٠ - هولير (Holleaux) فى تطور القواعد الخاصة بمدد التقادم التصيرة القائمة على قرينة الوفاء - رسالة من باريس سنة ١٩٢٧ - مونتيل (Montel) بعض اعتبارات فى مسألة تنقيح التقادم : المجلة الفصلية لقانون المدنى سنة ١٩٣٦ ص ٦٣٧ - كاربونيه (Carbonnier) فى قاعدة وقف التقادم حيث يتصلر على الدائن قطع سريانه : المجلة الانتقادية سنة ١٩٣٧ ص ١٥٥ - تطبيقات على التقادم المسقط : المجلة الفصلية لقانون المدنى سنة ١٩٥٢ ص ١٧١ - فاسير (Vasseur) فى مواعيد السقوط ومواعيد التقادم ومواعيد المرافعات : المجلة الفصلية لقانون المدنى سنة ١٩٥٠ ص ٤٣٩ - الأستاذ عبد المنعم البدرافى فى أثر نضى المدة فى الالتزام رسالة من القاهرة سنة ١٩٥٠ .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٠٠ .

المسقط فجعل مكانه بين أسباب انقضاء الالتزام ، وبين التقدام المكسب فجعل مكانه بين أسباب كسب الحقوق العينية .

والفرق بين هذين النوعين من التقدام ظاهر . فالتقدام المسقط يقضى الحقوق الشخصية والعينية (١) على السواء ، إذا لم يستعمل صاحب الحق حقه مدة معينة حددها القانون . أما التقدام المكسب - وتقرن به الحيازة دائماً - فيكسب الحائز ماحازره من حقوق عينية بعد أن تستمر حيازته لها مدة معينة حددها القانون . ونرى من ذلك أن التقدام المسقط لا يقرن بالحيازة ، ويسقط الحقوق العينية كما يسقط الحقوق الشخصية . وهذا بخلاف التقدام المكسب ، فإنه يقرن بالحيازة ، ويكسب الحقوق العينية دون الحقوق الشخصية . والتقدام المسقط لا يتمسك به إلا عن طريق الدفع ، فإذا رفع صاحب الحق الذى سقط بالتقدام دعواه أمكن المدعى عليه أن يدفع هذه الدعوى بالتقدام المسقط . أما التقدام المكسب فيتمسك به عن طريق الدفع وعن طريق الدعوى على السواء ، فللحائز أن يدفع دعوى الاستحقاق المرفوعة عليه من المالك بالتقدام المكسب ، كما أن له إذا انتزعت منه الحيازة أن يرفع دعوى الاستحقاق على الحائز الجديد ويتمسك قبله بالتقدام المكسب . ثم إن التقدام المكسب يعتد فيه بحسن النية ، إذ الحائز حسن النية يملك الحق فى مدة أقصر من المدة التى يملكه فيها الحائز سيئ النية . أما فى التقدام المسقط فلا يعتد بحسن النية ، والمدة التى يحددها القانون لسقوط الحق تقصر أو تطول تبعاً لطبيعة هذا الحق ، لا تبعاً لثبوت حسن النية أو انتفائه (٢) .

ونقتصر هنا على الكلام فى التقدام المسقط للحقوق الشخصية . أما الكلام فى

(١) فيما عدا حق الملكية .

(٢) عل أن كلا من التقدام المسقط والتقدام المكسب يخضع لقواعد واحدة فيما يتعلق بحساب المدة ووقف التقدام وانقطاعه وانقضاءه به . وهذا مادعا للتقنين المدنى الفرنسى إلى الجمع بين النوعين فى باب واحد ، صدر به لائحة القواعد المشتركة . وينتقد الفقه الفرنسى هذا المصك ، ويعيب على التقنين المدنى الفرنسى جمعه بين نظامين مختلفان اختلافا جوهرياً فى البداية والنتائج والمقومات . ولم يفتأ يوتيه أن يجمع بينهما ، فقد أفرد للتقدم المكسب كتاباً خاصاً ووضع للتقدم المسقط فى كتاب الالتزامات (الأستاذ عبد المنعم البدرأوى فى أثر نفع المدة فى الالتزام بقرة ٣٠ - بقرة ٣١) .

التقادم المسقط للحقوق العينية (١) والتقادم المكسب لهذه الحقوق فيكون عند الكلام في الحقوق العينية .

٥٩٢ - الأسس التي يرتكز عليها التقادم المسقط : يرتكز التقادم

المسقط على اعتبارات تمت للمصلحة العامة بسبب وثيق ، فان استقرار التعامل يقوم إلى حد كبير على فكرة التقادم . ويكفي أن نتصور مجتمعاً لم يدخل التقادم في نظمته القانونية ، لنندرك إلى أي حد يترزع فيه التعامل وتحل الفوضى محل الاستقرار (٢) . فإذا كان للدائن أن يطالب مدينه بالدين مهما طالت المدة التي مضت على استحقاقه ، وكان على المدين أن يثبت براءة ذمته من الدين بعد أن يكون قد وفاه فعلاً وحصل على مخالصة به ، أليس من الإرهاق أن يكلف المدين بالمحافظة على هذه المخالصة إلى وقت لانهاية له ، حتى يستطيع إبرازها في أي وقت شاء الدائن أن يطالبه فيه بالدين ؟ ويقع كثيراً أن يكون المدين قد مات ، أياكون للدائن أن يطالب الورثة بإبراز المخالصة أو الوفاء بالدين ! أليس من حق المدين ومن حق ورثته من بعده أن يواجهوا الدائن ، وهو يطالب بدين مضى على استحقاقه

(١) فالهقوق العينية ، كحق الانتفاع وحق الارتفاق ، تسقط بعدم الاستعمال ، أي بالتقادم المسقط . وذلك فيما عدا حق الملكية فإنه لا يسقط بعدم الاستعمال وإن كان يكسب بالتقادم ، ومجرد ترك العين أو إهمالها ، مهما يطل إلا أن ، من غير أن يتعرض لها أحد أو ينتصبها وينكر حق مالكها فيها ، لا يترتب عليه البتة - لافي الشريعة الإسلامية ولا في غيرها من الشرائع - لا سقوط حق ملكيتها ولا منع سماح الدعوى بها لو تعرض لها متعرض بعد زمن الإهمال المديد (نقض مدني ١٨ أبريل سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٤٩ ص ٦٩٤ - ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٥٢ ص ١٠٩٨ - وانظر أيضاً بالنسبة إلى عدم سقوط الدعوى بملكية الوقت : نقض مدني ٣١ أكتوبر سنة ١٩٣٥ مجموعة ١ رقم ٢٩٥ ص ٩١٢ - ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٥١ و ٣٥٢ ص ١٠٩٧ و ص ١٠٩٨ - ٢١ مايو سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٦٢ ص ٤٥٣ - أول مارس سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢١٣ ص ٥٧٢ - أو إذا غصب للوقت غاصب وبقيت حيازته ثلاثاً وثلاثين سنة : أول مارس سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢١٤ ص ٥٧٤) . ولكن إذا استحال حق الملكية إلى تمويض ، كأن أُلغى المأز ملك الغير الذي في حيازته ، فإن دعوى التمويض تسقط بالتقادم ، وإن كانت الملكية ذاتها لو بقى الشيء ولم يتلف لم تكن لتسقط (استئناف مخطوط ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٨ م ٥١ ص ٦٥) .

(٢) لوران ٣٢ فقرة ٥٠ .

مدة طويلة ليس من المألوف أن يسكت فيها، لا بمخالصة بالدين لم تيسر المحافظة عليها بعد انقضاء هذه الأعوام الطوال قضاعت أو خفى مكانها ، بل بطلب إسقاط دعواه بعد أن سكت عنها طوال هذه المدة (١) ! أليس واجباً لاستقرار التعامل أن يفترض في الدائن الذى سكت مدة طويلة عن المطالبة بدينه أنه قد استوفاه ، أو في القليل قد أبرأ ذمة المدين منه بعد هذا السكوت الطويل ؟ وكما يجب وضع حد للمنازعة في الحقوق وذلك بتقرير قوة الأمر المقضى ، كذلك يجب وضع حد للمطالبة بالحقوق وذلك بتقرير مبدأ التقادم . ولا بد أن تستقر الأوضاع في الحالتين ، فلا يتجدد النزاع في كل وقت ولا يبقى حق الدائن في المطالبة إلى غير نهاية (٢) .

فالتقادم المقسط لا يقوم على قرينة الوفاء ، أكثر مما يقوم على وجوب احترام الأوضاع المستقرة ، التي مضى عليها من الزمن ما يكتفى للاطمئنان إليها وإحاطتها بسياج من الثقة المشروعة (٣) . ووجوب احترام الأوضاع المستقرة هو الذى يحتم علينا أن نتساءل إلى متى يستطيع الدائن أن يطالب بالدين دون أن يواجه بتقادمه ؟ عشرين عاماً ، أو ثلاثين ، أو مائة ؟ لابد من تحديد وقت ما ، إذا انقضى لا يستطيع الدائن أن يطالب بالدين ، وإلا ظلت الناس يطالب بعضهم بعضاً بديون مضت عليها أجيال طويلة . والمشرع يختار مدة لا يكون من شأنها إرهاب المدين بجعله معرضاً للمطالبة وقتاً أطول مما يجب ، ولا مباغته الدائن بإسقاط حقه في وقت أقصر مما يجب . وقد اختار المشرع الفرنسي ثلاثين عاماً ، واختار المشرع المصري خمسة عشر عاماً وهي المدة التي لا يجوز بعدها سماع الدعوى في الفقه الإسلامى . فإذا انقضت المدة التي يتم بها التقادم ، وادعى المدين برامة ذمته ، وأصر الدائن على المطالبة بالدين ، فالأولى بالرعاية هو المدين لا الدائن . ذلك أن الدائن إذا لم يكن قد استوفى حقه فعلاً ، ولم يكن قد أبرأ ذمة المدين من الدين بسكوته عن المطالبة به هذه المدة الطويلة ، فلا أقل من أنه قد أهمل إهمالاً لا عذر له فيه بسكوته حقبة طويلة من الدهر ثم مباغته المدين بعد ذلك

(١) جوران ٢ فقرة ٩٦٧ .

(٢) بودرى وتيسيه فقرة ٣٣ .

(٣) بودرى وتيسيه فقرة ٢٨ - فقرة ٢٩ وقرة ٢٣ .

بالمطالبة . وبين مدين اطمأن إلى وضع ظاهر مستقر ، ودائن أقل ما يؤخذ به الإهمال الذي لا مبرر له ، المدين دون ريب هو الأولي بالرعاية . وقد دلت التجارب على أن طائفة من الدائنين يدعون بعد انقضاء مدة التقادم أنهم لم يستوفوا حقوقهم ، ولا يصدق في دعواء منهم إلا القلة النادرة . أفن أجل هذه القلة ، وهم بعد قد أهملوا إهمالاً لا عذر لهم فيه ، تضحى الكثرة الغالبة من المدينين الذين قد برئت ذمتهم حقاً من ديونهم وتعلمر عليهم استيفاء الدليل على براءة ذمتهم بعد انقضاء هذه المدة الطويلة (١) !

من أجل كل هذه الاعتبارات شرع التقادم . وقد أخذت به جميع الشرائع ، حتى أن الشرائع التي لم تأخذ به بطريق مباشر فتسقط الدين بالتقادم ، أخذت به بطريق غير مباشر فتمنع سماع الدعوى بعد انقضاء مدة التقادم .

وإذا كانت الاعتبارات التي قلمناها هي الأساس الذي يرتكز عليه التقادم المسقط بوجه عام ، فهناك اعتبارات أخرى تتعلق بحالات خاصة من هذا التقادم . فتقادم الدين الدوري المتجدد بخمس سنوات يقوم على أساس آخر غير استقرار التعامل . ذلك أن هذا الدين يدفعه المدين عادة من ريعه لا من رأس ماله ، فإذا تراكم المستحق منه لمدة أطول من خمس سنوات ، اضطر المدين أن يدفع الدين من رأس المال لا من الربيع ، فكان هذا مرهقاً له . فإذا أضيف إلى ذلك أن الدائن قد أهمل المطالبة بحقه مدة تزيد على خمس سنوات ، كان من الأنصاف للمدين أن يسقط القانون من هذه الديون ما مضى على استحقاقه أكثر من هذه المدة . ومن ثم قضت المادة ٣٧٥ مدني بأن هذه الديون تتقادم بخمس سنوات ولو أقر بها المدين ، فليس التقادم هنا لإذن مبنياً على قرينة الوفاء ، بل ولا على استقرار التعامل ، وإنما بني على الاعتبارات التي تقدم ذكرها .

أما حقوق التجار والصناع عن أشياء وردوها ، وحقوق العمال والخدم والأجراء من أجور ومن ثمن ما قاموا به من توريدات ، فتقادم بسنة واحدة (م ٣٧٨ مدني) . والتقادم هنا مبنياً رأساً على قرينة الوفاء ، إذ ليس من

(١) بلانويل وبيير وردوان ٧ فترة ١٣٢٥ .

المألوف أن يسكت هؤلاء الدائنون عن استيفاء حقوقهم أكثر من عام ، فإذا كانوا قد سكثوا طول هذه المدة عن المطالبة بها فالمفروض أنهم قد استوفوها . ومن ثم أوجبت الفقرة الثانية من المادة ٣٧٨ مدنى على المدين الذى يتمسك بأن الحق قد تقادم بسنة أن يحلف اليمين على أنه أدى الدين فعلا ، فان نكل فقد انتقضت قرينة الوفاء ، وبقي الحق قائماً للدائن أن يستوفيه (١) .

٥٩٣ - لمحة تاريخية : تأخر التقادم المسقط فى القانون الرومانى عن

التقادم المكسب فى انظهور . فقد كانت الدعاوى فى هذا القانون ، إلى عهد طويل ، أبدية لا تقادم . والدعاوى التى كانت تتوقت بمدة معينة هى الدعاوى البريطورية ، إذ كان البريطور يمنحها لمدة سنة واحدة . ثم أصدر الإمبراطور ثيودوس Théodose ، فى سنة ٤٢٤ ، قانوناً معروفاً قرر فيه أن الدعاوى ، شخصية كانت أو عينية ، تقادم فى الأصل بثلاثين سنة ، وبعضها بتقادم استثناء بأربعين . وخلط جوستينيان فى مجموعاته بين التقادم المسقط والتقادم المكسب ، وكانا قبله منفصلين أحدهما عن الآخر . وانتقل هذا الخلط إلى التقنين المدنى الفرنسى نفسه ، وكان مصدراً لكثير من الاضطراب والتشويش فى تفهم أحكام التقادم ، سواء فى القانون الرومانى أو فى القانون الفرنسى (٢) .

وأخذ التقادم الثلاثينى الذى عرفه القانون الرومانى طريقه إلى القانون الفرنسى القديم . على أن العادات الجرمانية وبعضها كان يجعل التقادم سنة واحدة ، والقانون الكنسى وقد عمل كثيراً على تعديل أحكام القانون الرومانى فى التقادم باقامته على قرينة الوفاء (٣) ، والأوامر الملكية وقد خلقت كثيراً

(١) كذلك التقادم الخمسى الخاص بالدعاوى الناشئة من الكيالات والسنكات الإذنية ونحوها من الأوراق التجارية (م ١٩٤ تجارى) يقوم على قرينة الوفاء ، ويحلف المدين اليمين على أنه أدى الدين . وتقادم دعاوى البطلان ، لنفس الأهلية أو لميوب الرضاء ، بثلاث سنوات يقوم على قرينة أن العاقد قد أجاز العقد .

(٢) بودوى وتيسيه فقرة ١٣ - فقرة ١٤ .

(٣) وقد حاول قانون الكنيسة كثيراً أن يصف من نظام التقادم الرومانى ، إذ رآه مخالفاً لما تقتضيه نزاهة التعامل . فهو فى نظره يقر الاختصاص ، ويميز للمدين أن يبره ذمته دون أن يوفى ذمته . فأكثر من أسباب وقف التقادم ، وأقام التقادم المسقط على قرينة الوفاء لاهل أساس =

من مدد التقادم القصيرة واحتفظ ببعضها التقنين المدني الفرنسي ، وما منح لبعض الهيئات كالكنيسة وأملاك التاج من ميزة في ألا يجري في حقها التقادم أو في أن يجري تقادم أطول ، كل هذا زاحم نفوذ القانون الروماني وعدل من أحكامه في التقادم .

فالمصادر التاريخية للتقادم في التقنين المدني الفرنسي هي إذن القانون الروماني وقانون الكنيسة والعادات الجرمانية والأوامر الملكية (٢) .

٥٩٤ - التمييز بين التقادم المسقط والسقوط (déchéance) :

ومواعيد التقادم المسقط تشبه بمواعيد أخرى يقال لها المواعيد المسقطه (délais de déchéance) . والمواعيد المسقطه هذه لها مهمة غير المهمة التي لمواعيد التقادم . فهي قد وضعها القانون ، لا كما في مواعيد التقادم المسقط لحماية الأوضاع المستقرة أو للجزاء على إهمال الدائن أو لتقوم قرينة على الوفاء ، بل لتعيين الميعاد الذي يجب أن يتم فيه حتماً عمل معين ، وبخاصة لتحديد الوقت الذي يجب فيه استعمال رخصة قررها القانون . فهي مواعيد حتمية ، لا بد أن يتم العمل المعين في خلالها ، وإلا كان باطلاً . ولذلك فهي تختلف عن مواعيد التقادم ، لا في المهمة التي تقوم بها فحسب ، بل أيضاً في كيفية إعمالها . فيجوز للقاضي إثارتها من تلقاء نفسه دون حاجة إلى أن يتمسك الخصم بها ، ولا تنقطع ، ولا يقف سريانها ، ولا يتخلف عنها التزام طبيعي . وهذا بخلاف التقادم ، فسرى أن الخصم يجب أن يتمسك به ، ويجوز أن ينقطع سريانه ، كما يجوز أن يقف هذا السريان ، ويتخلف عن التقادم التزام طبيعي . وسنرى أيضاً أن الحق المتقادم إذا لم يصلح أن يكون طلباً فإنه يصلح أن يكون دفعاً إذ الدفوع لا تتقادم ، أما الحق الذي سقط لعدم استعماله في الميعاد فلا يصلح لاطلباً ولا دفعاً (٤) .

- استقرار التعامل ، وأدخل في التقادم المكسب عنصر حسن النية ، وبذلك جهداً كبيراً في مرقلة هذا النظام (بودرى وتيسيه فقرة ١٩) .

(٣) بودرى وتيسيه فقرة ٢٢ .

(٤) أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٧١ ص ٥٣٢ - ص ٥٣٨ - بيدان ولا جارد ٩ فقرة ١٠٩٠ -

كولان وكليهان ٢ فقرة ٦٢١ - جوسران ٢ فقرة ١٠٠٤ - فقرة ١٠٠٦ - وقانون بودرى -

ويحدث أن يقرر القانون ميعاداً تقوم الشبهة في شأنه ، هل هو ميعاد تقادم أو هو ميعاد مسقط ، ويكون من المهم التعرف إلى طبيعة هذا الميعاد لما بين مواعيد التقادم والمواعيد المسقطة من الفروق التي تقدم ذكرها . ويغلب أن تكون المواعيد المسقطة قصيرة ، على خلاف مواعيد التقادم . ويقلب أيضاً أن يتولى النص التشريعي نفسه بيان ما إذا كان الميعاد ميعاد تقادم ، أو هو ميعاد مسقط . غير أن هاتين العلامتين الماديتين لا يمكن الاعتماد عليهما دائماً . فالعلامة الأولى قد لا تصدق ، إذ أن من مواعيد التقادم ما هو قصير ، ومن المواعيد المسقطة ما يصل في الطول إلى الحد الذي يبلغه بعض مواعيد التقادم . والعلامة الأخرى قد تتخلف ، ويسكت النص عن بيان طبيعة الميعاد (١) . وخير معيار للتعرف على ما إذا كان الميعاد ميعاد تقادم أو ميعاداً مسقطاً ، هو تبين الغرض الذي قصد إليه القانون من تقرير هذا الميعاد . فإن كان لحماية الأوضاع المستقرة أو لغير ذلك من أغراض التقادم (٢) ، فهو ميعاد تقادم . وإن كان لتحديد

= وتيسيه فقرة ٣٩ ص ٣٩ - ص ٤٠ - ويلعب بودرى وتيسيه إلى أن المواعيد المسقطة ليست إلا مواعيد تقادم تخضع لأحكام خاصة ، فلا تنقطع ولا يقف سريانها (بودرى وتيسيه فقرة ٤٠ - وانظر أيضاً في هذا المعنى الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ٣١٧ - فقرة ٣١٨ .

وانظر في الآراء المختلفة في التمييز بين مواعيد التقادم والمواعيد المسقطة الأستاذ عبد المنعم البدرى في أثر مضي المدة في الالتزام فقرة ٤٠ - فقرة ٤٩ .

(١) وما يزيد في دقة التمييز أن هناك مواعيد تقضى النصوص بجواز انقطاع سريانها دون جواز وقف السريان ، وذلك كالتقادم الذي لا تزيد مدته على خمس سنوات (م ٢/٣٨٢ مدني) . والأصل في هذه المواعيد أن تكون مدد تقادم ما لم يكن الغرض الأصل من تقريرها أن تكون مواعيد مسقطة (بلانيول وريير ودوان ٧ فقرة ١٤٠٣ ص ٨٢٠ - ص ٨٢١ - وانظر أيضاً بودرى وتيسيه فقرة ٣٩ ص ٣٧ - ص ٣٩) .

(٢) فمن أغراض التقادم أيضاً أن يكون قرينة على الوفاء ، فالدين الذي خست عليه مدة التقادم يقلب في الواقع أن يكون قد وُفي ، والمشرع يجعل هذا الغالب الواقع حقيقة قانونية . فالتقادم طريقاً للإثبات ، أو بالأحرى إعفاء من الإثبات ، أكثر منه سبباً لانقضاء الالتزام . أما في المواعيد المسقطة فالمشرع لا يضع قرينة ولا يفترض أمراً ، بل هو يحتم على صاحب الحق أن يستعمله في وقت معين وإلا سقط . فسقوط الحق لا يقوم على قرينة الوفاء ، بل هو حقوة عن عدم استعمال الحق في الوقت المحدد (انظر في هذا المعنى جوسران ٢ فقرة ١٠٠٤) .

الوقت الذى يجب فى خلاله استعمال حق أو رخصة ، فهو ميعاد مسقط (١) .
ونأتى بأمثلة على ما قدمناه من نصوص التقنين المدنى المصرى . فالمواد
من ٣٧٤ إلى ٣٧٨ مدنى صريحة فى أن المواعيد المينة فيها هى مواعيد تقادم :
خمس عشرة سنة للتقادم العادى (م ٣٧٤) ، وخمس سنوات لتقادم الحقوق
الدورية المتجددة وحقوق أصحاب المهن الحرة (م ٣٧٥ - ٣٧٦) ، وثلاث سنوات
لتقادم الضرائب والرسوم (م ٣٧٧) ، وسنة لتقادم حقوق التجار والصناع
والعمال والخدم ومن إليهم (م ٣٧٨) . كذلك للمادة ١٤٠ فى تقادم دعاوى

(١) ومن ثم يكون الميعاد المسقط عنصراً من عناصر الحق يدخل تكوينه ولا يتم الحق
بدونه ، ولابد فى الحق حتى يكون تاماً من رفع الدعوى فى المدة المفروضة . وقد قضت محكمة
الإسكندرية التجارية فى هذا المنى بأن الفرق بين مدة التقادم المسقط ومدة السقوط أن الحق
الأصل فى الأول مقرر من قبل وقام الوجود ، وأما الحق فى الثانية فهو لم يكن تام الوجود
والتكوين بل لابد فيه حتى يكون تاماً من رفع الدعوى فى المدة المفروضة . ولذلك فالمدة فى
أحوال السقوط لازمة لتكوين الحق ، بخلاف مدة التقادم فهى ليست لازمة لتكوينه لأنه سبق
أن تكون من قبل . فإذا طالب المالك فى حالة مدة التقادم بحقه ، فاعماً يطلب حقاً مقررأ كاملاً .
أما فى الأحوال المقرر لها مدة السقوط ، فالمدعى ملزم برفع الدعوى فى غضون المدة حتى يظهر
حقه كاملاً ، وبدون رفع الدعوى لا يكون الحق موجوداً بتمامه . ولذلك كان الحق للكامل
للموجود بتمامه فى مدة التقادم يعنى الشارع بحمايته ، من حيث القطع والإيقاف فى المدة .
وأما شبه الحق فى مدة السقوط فهو ليس جديراً بحماية الشارع له بقطع أو إيقاف ، بمعنى أن مدة
السقوط لا تقبل تطويلاً بإيقاف سرياتها أو قطعها فى مصلحة المدعى ، لأن الحق لم يولد كاملاً
بعد حتى يتقرر له حق الحماية (أول أغسطس سنة ١٩٤٦ المجموعة الرسمية ٤٧ رقم ٢٣٥) .
وقضت محكمة استئناف أسيوط بأن مواعيد السقوط تختلف عن مواعيد التقادم فى أن الأولى تقوم
على فكرة وجود أجل قانونى يتناول أصل الحق ويسقطه ، بخلاف الثانية فإنها تقوم على إيقاع
جزء على إهمال صاحب الشأن فيها . ويترتب على ذلك ألا تطبق فى الأولى قواعد وقف المدة
أو انقطاعها ، فهى تم فى الميعاد المحدد ولو كان يوم عيد ، حتى لو اعترض الموعد حالة من
حالات القوة القاهرة ، بخلاف مواعيد التقادم . وكذلك لا يجوز تعديل مواعيد السقوط بإرادة
ذوى الشأن لا بالامتداد ولا بالإقتصاص ، بخلاف مواعيد التقادم فإنها جازة فى شأنها إذ
يجوز أثناء النزاع التنازل من المدة السابقة ويجوز التساسع فى معنا لمدة جديدة . وكذلك لا يجوز
التنازل من مواعيد السقوط بعد سرياتها ، وحل القاضى أن يراعى ذلك من تلقاء نفسه ، ويحتم
عليه القانون وجوب احترامها بغير أن يدفع أحد طرق الخصومة . ومتى تم سريان ميعاد السقوط
انقضى الحق بصفة مطلقة ، بخلاف الحال فى التقادم (٢٣ ديسمبر سنة ١٩٤٦ المجموعة الرسمية
٤٨ رقم ١٨١) .

الإبطال بثلاث سنوات، والمادة ١٧٢ في تقادم دعوى التعويض الناشئة عن عمل غير مشروع، والمواد ١٨٠ و ١٨٧ و ١٩٧ في تقادم دعاوى الإثراء بلا سبب واسترداد غير المستحق والفضالة، صريحة هي أيضاً في أن المواعيد مواعيد تقادم (١).

ولكن الفقرة الثانية من المادة ١٢٩ مدني، في خصوص دعوى الاستغلال، تنص على أنه « يجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد، وإلا كانت غير مقبولة ». فهنا الميعاد ميعاد مسقط، لا ميعاد تقادم (٢). وتقضي الفقرة الثانية من المادة ١٦٢ مدني، في خصوص الوعد بجائزة، بأن « تسقط دعوى المطالبة بالجائزة إذا لم ترفع خلال ستة أشهر من تاريخ إعلانه العلول للجمهور ». فالميعاد هنا ميعاد مسقط. ومن المواعيد المسقطة ما نصت عليه

(١) وتصرح المادة ٤٢٦ مدني بأن دعوى تسكلة الخنز لخبز الفاحش تتقادم بثلاث سنوات، وكان التقنين السابق (٤٢٠/٣٣٧ م) يجعل المدة مدة سقوط لا تقادم ويجدها بستين. وكذلك تصرح المادة ٤٥٢ مدني بأن دعوى الضمان لليب الخنز في المبيع تتقادم بسنة من وقت تسلم المبيع، وكان التقنين السابق (٤٠٢/٣٢٤ م) يجعلها تسقط — لا تتقادم — بثمانية أيام من وقت كشف العيب. وكذلك تصرح المادة ٤٣٤ مدني بأن دعوى السجز والزيادة في مقدار المبيع تتقادم بسنة من وقت تسلم المبيع، وكان المقيم والقضاء في عهد التقنين السابق يفسران النص المقابل (٣٧٠/٢٩٦ م) بأن مدة السنة من وقت العقد هي مدة سقوط لا تقادم، وهذا بالرغم من أن الأصل القروني لهذا النص ذكر لفظ التقادم (se prescript) : انظر الموجز المؤلف فقرة ٦٠٥ ص ٦٢٨ - ص ٦٢٩.

(٢) الوسيط جزء أول فقرة ٢٠٩ وقارن فقرة ٣٢٢ ص ٥٤٤ حيث وردت عبارة « مدة التقادم في الاستغلال وصحتها المدة المسقطة — الأستاذ عبد الحمى حجازي ص ٣٢٣ - ومع ذلك فقد قضت محكمة النقض — في ميعاد مشابه — بأنه فيما يتعلق بالمدة المينة لرفع دعوى منع التعرض، فإن مدة السنة، للشرط في المادة ٢٦ مرافعات (قديم ويقابلها م ٩٦١ مدني جديد) عدم مضيا على الفعل الصادر من المدعى عليه، هي مدة تقادم خاص تسمى عليه قواعد الانقطاع التي تسمى على التقادم المسقط العادي. فإذا رفع واضح اليد دعواه أمام القضاء المستعجل طالبا إزالة اليد موضوع النزاع وتمكينه من رى أحيائه، فإن هذا الطلب، إذ يمتد بيمينه ومناطة طلباً بمنع التعرض، يقطع مدة دعوى وضع اليد ولو حكمت المحكمة المستعجلة بعدم اختصاصها، لأن رفع الدعوى أمام محكمة غير مختصة يقطع المدة (نقض مدني ١٣ ديسمبر سنة ١٩٤٥ مجموعة حمو ٥ رقم ٨ ص ١٢).

المادة ٢٤٨ (١) ، والمادة ٣٢٢ (٢) ، والمادة ٤٥٥ (٣) ، والمادة ٧٣٩ (٤) ،
والمادة ٨٤٥ (٥) ، والمادة ٩٤٨ (٦) ، والمادة ٩٦١ (٧) ، والمادة ٩٧٧ (٨) .

(١) وتنص على ما يأتي : « يجوز لحابس الشيء ، إذا خرج الشيء من يده خفية أو بالرغم من إمارته ، أن يطلب استرداده إذا هو قام بهذا الطلب خلال ثلاثين يوماً من الوقت الذي علم فيه بخروج الشيء من يده وقبل انقضاء سنة من خروجه » .

(٢) وتنص في بيع العقار المرهون على ما يأتي : « إذا اتفق البائع والمشتري على حوالة الدين المضمون بالرهن ، وسجل عقد البيع ، تبين على الدائن ، متى أعلن رسمياً بالحالة ، أن يقرها أو يرفضها في مهلة لا يتجاوز ستة أشهر ، فإذا انقضى هذا الميعاد دون أن يبت برأى اعتبر سكوته إقراراً » .

(٣) وتنص على ما يأتي : « إذا حسن البائع صلاحية المبيع للعمل مدة معلومة ، ثم ظهر خلل في المبيع ، فعل المشتري أن يحظر البائع بهذا الخلل في مدة شهر من ظهوره ، وأن يرفع الدعوى في مدة ستة شهور من هذا الإخطار ، وإلا سقط حقه في الضمان ، كل هذا ما لم يتفق على غيره » .

(٤) وتنص على ما يأتي : « ولئن عسر في مقامرة أو رهان أن يسترد ما دفعه خلال ثلاث سنوات من الوقت الذي أدى فيه ما عسره ، ولو كان هناك اتفاق يقضي بغير ذلك » .

(٥) وتنص على ما يأتي في خصوص دعوى نقض القسمة للفين : « ويجب أن ترفع الدعوى في خلال السنة التالية للقسمة » .

(٦) وتنص على ما يأتي : « يسقط الحق في الأخذ بالشفعة إذا انقضت أربعة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع » . انظر في أن هذا الميعاد مهلة سقوط : نقض مدني ٣ أبريل سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٨٢ ص ٣٩٥ — وكذلك يعتبر ميعاد الخمسة عشر يوماً لإعلان الرقبة في الأخذ بالشفعة (م ٩٤٠) ، وميعاد الثلاثين يوماً لإيداع الثمن غرامة المحكمة ولرفع دعوى الشفعة (م ٩٤٢ - ٩٥٣) ، من المواعيد المسقطة (نقض مدني ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١٢٨ ص ٢٨٢) .

(٧) وتنص على ما يأتي : « من حاز حقاراً واستمر حازراً له سنة كاملة ، ثم وقع له تعرض في حيازته ، جاز أن يرفع خلال السنة التالية دعوى بمنع التعرض » .

(٨) وتنص على ما يأتي : « يجوز لمالك المقتول أو لستد حامله ، إذا فقد أو سرق منه ، أن يسترده من يكون حازراً له بحسن نية ، وذلك خلال ثلاث سنوات من وقت الضياع أو السرقة » — انظر الأستاذ عبد الحى حجازي ٣ ص ٣٢٣ - ص ٣٢٤ .

وتحدد المادة المباشرة من القانون رقم ٦٤ لسنة ١٩٣٦ الخاص بإصابات العمل ستة أشهر لرفع الدعوى ، والمدة مدة مسقط لا تنقطع (نقض مدني ٨ يناير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٤٨ ص ٣٣٩) .

وفي الفنين التجاري ، كما في الفنين المدني ، مواعيد تقادم ومواعيد مسقط . فن أمثلة مواعيد التقادم ما نصت عليه المادة ٦٥ في خصوص الدعاوى الناشئة من أعمال الشركات ، وما نصت =

ويلاحظ أن من المواعيد المسقطه ما يعتبر من النظام العام فلا يجوز الاتفاق على إطلاله أو تقصيره ، ومنها لا يعتبر من النظام العام فيجوز فيه الاتفاق على ذلك (١) .

= عليه المادة ١٠٤ في خصوص الدعاوى التي ترفع على الوكيل بالمولة وعلى أمين النقل بسبب التأخر في نقل البضاعة أو بسبب ضياعها أو تلفها (انظر نفق مدني • نوفمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النفق • رقم ١٩ ص ١٥٦) ، وما نصت عليه المادة ١٩٤ في خصوص دعاوى الكيالات والسندات الإذنية والسندات لحاملها . ومن أمثلة المواعيد المسقطه ما نصت عليه المادة ١٢٤ في خصوص ميعاد قبول الكيالة ، وما نصت عليه المادة ١٦٠ في خصوص طلب دفع قيمة الكيالة أو قبولها ، وما نصت عليه المادة ١٦٢ في خصوص ميعاد عمل البروتو . وما نصت عليه المادة ٢٨٩ في خصوص ميعاد تقدم الدائنين في التفليسة .

(١) بودري وتسييه بقرة ٣٩ ص ٣٧ - بلانيول وريير وردوان ٧ بقرة ١٤٠٣ ص ٨٢٠ - وقد رأينا في بعض النصوص المتقدمة ما يصرح بذلك . فالمادة ٤٥٥ مدني ، وهي تحدد ميعاد الشهر لإعطاء البائع بالخلل الذي في المبيع وميعاد ستة اشهر لرفع الدعوى ، تقول بعد ذلك : كل هذا ما لم يتفق على غيره . فليست هذه المواعيد إذن من النظام العام ، بل يجوز الاتفاق على إطلالها أو على تقصيرها . والمادة ٧٣٩ مدني ميعاد ثلاث السنوات لاسترداد الخاسر في مقامرة أو رهان ما خسره ، تقول بعد هذا : ولو كان هناك اتفاق يقضى بغير ذلك . فالميعاد هنا يعتبر من النظام العام ، ولا يجوز الاتفاق على إطلاله أو تقصيره . وسائر المواعيد المسقطه تكون من النظام العام أو لا تكون ، تبعاً لما إذا كانت تحقق مصلحة عليا للجمعية أو كانت مقصورة على حماية مصالح الأفراد . فمبدأ دعوى الاستغلال مثلا يمكن اعتباره من النظام العام ، أما ميعاد دعوى نقض القسمة للذين فيبدو أنه لا يعتبر من النظام العام .

هذا وإلى جانب المواعيد المسقطه توجد مواعيد المرافعات (délais de procédure) ، كمواعيد الحضور ومواعيد الطعن في الأحكام ، فهذه أيضاً لها أحكامها الخاصة المقررة في قانون المرافعات ، وهي أيضاً لا تنقطع ولا يقف سريانها - وتوجد أيضاً المواعيد التنظيمية (délais de police juridique) . نذكر منها ما نصت عليه المادة ٢٦٢ مدني من أنه « تنهى حالة الإحصار بقوة القانون متى انقضت خمس سنوات على تاريخ التأشير بالحكم الصادر بشهر الإحصار » ، وما نصت عليه المادة ٤٤٤ مدني من أنه « إذا اتفق على الفوائد ، كان للدين إذا انقضت ستة أشهر على القرض أن يملن وغبته في إلغاء المقد ورد ما اقترعه ، على أن يتم الرد في أجل لا يجاوز ستة أشهر من تاريخ هذا الإعلان » ، وما نصت عليه المادة ٦٥١ مدني من أنه « يحسن المهنتس المعاري والمقاول متضامتين ما يحدث خلال عشر سنوات من تهم كل أو جزئي فيما شيعوه » (قارن الأستاذ عبد المنعم البدراري في أثر مضي المدة في الالتزام ص ٦٧ - أما المادة ٦٥٤ مدني فتحدد ميعاد تقادم مسقط للدعوى ثلاث سنوات من وقت حصول التهم أو انكشاف العيب) ، وما نصت عليه المادة ٨٧٤ مدني في خصوص تلك الأراضي المباحة بالاستيلاء من أن واضع اليد « يفقد ملكيته بعدم الاستعمال مدة خمس سنوات متتابعة خلال الخمس عشرة السنة التالية لتلك » . وهذه أيضاً مواعيد لا تنقطع ولا يقف سريانها . انظر بودري وتسييه بقرة ٣٧ - بلانيول وريير وردوان ٧ بقرة ١٤٠٣ ص ٨٢٢ .

٥٩٥ - **قطة البحث :** وسنجرى في بحث التقادم كما جرينا في بحث المقاصة ، فنبحث الموضوعين الآتين : (أولاً) المدد الواجب انقضاؤها حتى يتحقق التقادم ، فنبحث مدد التقادم المختلفة ، وكيفية حساب المدة ، ووقف التقادم ، وانقطاعه . (ثانياً) كيف يجب إعمال التقادم ، وما هي الآثار التي تترتب عليه (١) .

الفرع الأول

المدد الواجب انقضاؤها حتى يتحقق التقادم

المبحث الأول

مدد التقادم المختلفة

٥٩٦ - **القاعدة العامة والاستثناءات - النصوص القانونية :**

تنص المادة ٣٧٤ من التقنين المدني على ما يأتي :

(١) ولم يستحدث التقنين المدني الجديد تعديلات كثيرة في أحكام التقادم . وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى لهذا التقنين في هذا الصدد ما يأتي : « وقد جعل المشروع مدة التقادم المتأداة خمس عشرة سنة ، كما هو الشأن في التقنين الراهن (السابق) . ولم يرتدئ المدد المقررة في هذا التقنين ، فيما عدا نصوصاً معينة أخصها ما تعلق بالتقادم الثلاثي في المسؤولية التقصيرية والإثراء بلا سبب وهبوب الرضا ونقص الأهلية . وعلى ذلك اقتصر الأمر على تعديل مدة التقادم المحول ، فجعلت سنة بدلاً من ثلثائة وستين يوماً ، حتى يرتفع من التقنين الحال (السابق) ذلك التناقض الملحوظ بين النصوص المتعلقة بالتقادم والنصوص الخاصة بمحقوق الاحتياز . وقد ضبط المشروع حدود بعض الأحكام ، كما استحدث أحكاماً أخرى فيما يتعلق باحتساب مدد التقادم وأسباب وقفه وانقطاعه وآثاره ، ثم إنه عين بدء سريان المدة ، ولا سيما فيما يتعلق بالبدون التي يتوقف استحقاقها على إرادة الدائن . ويرامى أن النصوص الخاصة بوقف التقادم لا تحول دون سريان المدة بالنسبة لناقص الأهلية ، إلا إذا لم يكن له نائب يمثله قانوناً . كما أنها تقضى بعدم سريان المدة ، كقاعدة عامة ، كلما وجد مانع يستحيل معه حل الدائن أن يطالب بحقه في الوقت المناسب ، ولو كان هذا المانع أدبياً . ويرامى من ناحية أخرى أن -

« يتقادم الالتزام بانقضاء خمس عشرة سنة ، فيما عدا الحالات التي ورد فيها نص خاص في القانون وفيما عدا الاستثناءات الآتية (١) » .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ٢٧٢/٢٠٨ (٢) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٣٧٢ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٦١ - وفي التقنين المدني العراقي المادة ٤٢٩ - وفي تقنين الموجبات والمقود اللبناني المادتين ٣٤٤ و ٣٤٩ (٣) .

= فصوصاً أخرى قد تناولت أسباب انقطاع التقادم ، واشترطت لذلك ... رفع الدعوى أو أى إجراء مماثل . أما آثار التقادم فقد فصلت تفصيلاً واضحاً ، فنص على وجوب تمسك المدين به كما نص على استناد أثر انقضاء الالتزام بالتقادم وتختلف التزام طبعى في ذمة المدين من بعد . وأخيراً قضى المشروع بعدم جواز الاتفاق على تعديل مدة التقادم بأي حال ، فلم يميز التنازل عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه ، وإنما أجاز التنازل بعد ثبوت هذا الحق في غير إخلال بحقوق الدائنين » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٠٠ - ٣٠١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٢٠ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المذلل الجديد مع تحديد لفظي لا يثير المعض . وفي لجنة المراجعة جعل النص مطابقاً لكل المطابقة ، وأصبح رقمه ٣٨٧ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس للشيوخ تحت رقم ٣٧٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٠٢ - ص ٢٠٣) .

(٢) التقنين المدني السابق م ٢٧٢/٢٠٨ : جميع التسهيلات والديون تزول بمضي مدة خمس عشرة سنة ، ما عدا الاستثناءات الآتية بعد والأحوال المخصوصة المصرح بها في القانون .

(ويفق الحكم في التقنينين السابق والجديد) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٣٧٢ (مطابقة المادة ٣٧٤ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٣٦١ (مطابقة المادة ٣٧٤ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٤٢٩ : للدعوى بالالتزام ، أيما كان سببه ، لا تسع على المنكر بعد تركها من غير طر شرعى خمس عشرة سنة ، مع مراعاة ما وردت فيه أحكام خاصة . (والتقنين العراقي أخذ عن الشريعة الإسلامية مبدأ عدم جواز الدعوى لا سقوط الحق : انظر مقالاً للأستاذ ضياء شيت في التقادم المسقط في قانون المدني العراقي منشوراً في مجلة للقضاء ببغداد السنة الخامسة عشر ص ٤٥ - ص ٥٨) .

تقنين الموجبات والمقود اللبناني م ٣٤٤ : تسقط الموجبات بتقاعد الدائن الذي يتخلف عن الطرح بمحتوفه سحابة مدة من الزمان .

م ٣٤٩ : إن مرور الزمن يتم في الأساس بعد انقضاء عشر سنوات .

ويخلص من هذا النص أن القاعدة العامة في مدة التقادم أن تكون خمس عشرة سنة ميلادية (١) ، وهذه المدة تسرى بالنسبة إلى كل التزام لم ينص القانون في خصوصه على مدة أخرى . والمدة في التقنين المدني الفرنسي هي ثلاثون سنة كما رأينا (٢) ، ولكن التقنين المدني المصري الجديد استبقى مدة التقادم كما كانت في التقنين المدني السابق ، وهي مدة أخذت عن الشريعة الإسلامية في نظامها المعروف من منع سماع الدعوى ، وقد روعي في تحديددها أنها مدة مناسبة ، لا هي بالطويلة بحيث ترهق المدين ، ولا هي بالقصيرة بحيث تباغت الدائن ، ثم هي المدة التي ألفها الناس منذ حقب طويلة (٣) .

ويرد على هذه القاعدة العامة استثناءات كثيرة ، بعضها متناثر في نصوص متفرقة وقد سبقت دراسة أكثرها ، وبعضها في نصوص أعقبت مباشرة النص الذي أورد القاعدة العامة وستكون دراستها في هذا المكان .

٥٩٧ - القاعدة العامة - مدة التقادم خمس عشرة سنة : قدمنا

أن القاعدة العامة في مدة التقادم أن تكون خمس عشرة سنة ، فما لم يرد نص

= (وتتفق هذه الأحكام مع أحكام التقنين المصري، فيما عدا أن مدة التقادم المعتادة في التقنين اللبناني عشر سنوات وهي خمس عشرة سنة في التقنين المصري) .

(١) ذلك أن القاعدة العامة تقضى بأن « تحسب المواعيد بالتقويم الميلادى ، ما لم ينص القانون على غير ذلك » (م ٣ مدنى) .

(٢) وينتقد الفقه الفرنسى طول مدة التقادم في التقنين المدنى الفرنسى ، وقد قدمت مقترحات لتقصيرها إلى عشرين سنة أو أقل ، ولكن التقنين الفرنسى لم يعدل حتى الآن في هذه المسألة . والقوانين الأجنبية تحدد مدة أقصر للتقادم ، ففى النرويج والسويد والدنمارك حددت مدة التقادم بعشرين سنة بموجب قوانين خاصة ، والتقنين الألبانى (م ١٩٦٣) يحدد مدة التقادم بخمس عشرة سنة، وتقنين الالتزامات السويسرى (١٤٦م) والتقنين المدنى الإيطالى الجديد (٢٩٤٦م) وتقنين الموجبات والعقود اللبنانى (م ٣٤٩) تحدد مدة التقادم بعشر سنوات . انظر فى انتقاد طول مدة التقادم فى فرنسا بوردى وتيسيه فقرة ٨٧ مكررة - وينتقد بلانيول وريبير ودهوان (جزء ٧ فقرة ١٣٢٧) تنوع منذ التقادم تنوعاً يوفى فى الخلط والارتباك، ولكنهم (جزء ٧ فقرة ١٣٢٩) مع ذلك يرون استبقاء الثلاثين سنة مدة للتقادم كقاعدة عامة ، حتى يتسع الوقت الدائن للمطالبة بحقه ، فلا يكون التقادم وسيلة لاغتصاب الحقوق .

(٣) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٠٢ .

خاص يقرر مدة أقل أو أكثر بالنسبة إلى التزام معين ، فان مدة تقادم هذا الالتزام تكون خمس عشرة سنة .

على أن هناك حقوقاً غير قابلة للتقادم ، وهي الحقوق التي لا يميز النظام العام التعامل فيها ، كالحقوق المتعلقة بالحالة المدنية (إلا ما تفرع عنها من حقوق مالية ، (١) والحقوق المتعلقة بالاسم (٢) .

ويجب التمييز بين الحق ومجرد الرخصة (pure faculté) فإذا كان الحق يتقادم فان الرخصة لا تقبل التقادم . ومن ثم لا يتقادم حق الفرد في اتخاذ المهنة التي يريد ما دام قد استوفى شرائطها ، ولا حقه في أن يبنى أو يفرس في أرضه ، ولا حقه في أن يجبر جاره على وضع حدود لأملاكهما المتلاصقة ، ولا حقه في المرور بأرض مجاورة إذا كانت أرضه محبوسة عن الطريق العام ، ولا حقه في الشرب والمجرى والمسيل ، ولا حقه في طلب قسمة المال الشائع . فكل هذه رخص تتعلق بالجبرية الشخصية أو بحق الملكية ، وهذا وتلك لا يقبلان التقادم (٣) .

ودعوى الصورية لا تسقط بالتقادم ، سواء رفعت مع أحد المتعاقدين أو من الغير ، لأن المطلوب فيها هو تقرير أن العقد الظاهر لا وجود له ، وهي حقيقة قائمة مستمرة ليس من شأن التقادم أن يؤثر فيها (٤) .

وكان ينبغي أن دعوى البطلان المطلق تكون غير قابلة للتقادم ، لأن العقد الباطل معلوم والعدم لا يتقلب وجوداً مهما طال عليه الزمن (٥) . ولكن التفتين

(١) فالق في النسب لا يسقط بالتقادم ، ولكن يسقط بالتقادم ما ترتب على النسب من حقوق مالية كنفقة متجمدة ونصيب الوارث في التركة .

(٢) بودرى وتيسيه فقرة ١٥٧ - فقرة ١٥٩ .

(٣) بودرى وتيسيه فقرة ١٦٢ - فقرة ١٧٢ . ودعوى طلب إثبات صحة التوقيع لا تقادم لأنها رخصة وليست التزاماً (سولاج ، مايو سنة ١٩٤٠ الهامة ٢٠ رقم ٦١٤ ص ١٣٩٧) - وحكم مرسى الزاد لا يتقادم كسب نقل الملكية ، ولا يمتد أثر التقادم إلا إلى السيفنة التنفيذية (استئناف مصر ٢٥ فبراير سنة ١٩٤٧ المجموعة الرسمية ٤٨ رقم ٢٤٩) .

(٤) لوسيط جزء ٢ فقرة ٦٢٧ .

(٥) انظر في هذا المعنى نقض مدق ، ديسمبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١١٨ ص ٢٧١ - ٧ أبريل سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٢٩ رقم ٩٤٤ . (م ٦٤ - الوسيط)

للذنى الجديد ، تمثيلاً مع القضاء الفرنسى ومع بعض الفقهاء الفرنسين ، نص فى الفقرة الثانية من المادة ١٤١ على ما يأتى : « وتسقط دعوى البطلان بمضى خمس عشرة سنة من وقت العقد (١) . أما الدفع بالبطلان المطلق ، فلا يسقط بالتقادم (٢) . ويتناقض الفقه فى فرنسا ما إذا كان الدفع بوجه عام يسقط بالتقادم كالدعوى ، أو لا يسقط ، وسنعود إلى هذه المسألة فيما يلى (٣) .

وإذا أخذ الدائن رهناً حيازياً ضماناً لحقه ، فإدام هذا الرهن فى يده فإن حقه لا يتقادم ، فلك أن وجود الرهن فى حيازته يعتبر قطعاً مستمراً للتقادم (٤) . أما حق الراهن فى استرداد الرهن ، وكذلك حق المودع فى استرداد الوديعة ، فإنهما يسقطان بالتقادم . ولكن يستطيع الراهن أو المودع الاسترداد ، لا بموجب الدعوى الشخصية التى تقادمت ، ولكن بموجب دعوى الاستحقاق العينية القائمة على حق الملكية فهذه لا تقادم ، بل لا يعارضها تقادم مكسب من جانب المرتهن أو المودع عنده فإنهما لم يحوزا الشيء إلا حيازة عارضة (٥) .

وإذا كانت هناك حقوق تقادم بمدد خاصة بموجب نصوص تشريعية ، وجب تفسير هذه النصوص تفسيراً ضيقاً بحيث لا تسرى إلا على الحالات بالذات التى تضمنتها . وما خرج عن هذه الحالات فإنه يرجع إلى أصل القاعدة ، وتكون مدة تقادمه خمس عشرة سنة (٥) .

(١) انظر فى هذه المسألة الوسيط جزء أول فقرة ٣١٩ - بودرى وتيسيه فقرة ٥٨٩ - فقرة ٥٩١ .

(٢) الوسيط جزء أول فقرة ٣٢٠ .

(٣) انظر فقرة ٦٦٩ فيما يلى - وانظر بودرى وتيسيه فقرة ٦٠٩ - فقرة ٦١٢ .

(٤) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٢٨ .

(٥) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٢٨ .

(٥) فإذا وفى شخص بالوكالة عن المدين ديناً يتقادم مدته قصيرة ، كالفوائد تسقط بخمس سنوات ، وكالضرائب تسقط بثلاث سنوات ، ورجع بدعوى الوكالة على المدين ، فإن هذه الدعوى لا تقادم إلا بخمس عشرة سنة (استئناف مصر ٣١ ديسمبر سنة ١٩٣١ المبحوطة الرسمية ٣٣ رقم ٦٤ ص ١١٧ - بودرى وتيسيه فقرة ٦٠٠) . ودعوى الموكل على الوكيل بتقديم حساب دعوى شخصية تسقط بخمس عشرة سنة (استئناف وطنى ١٥ يناير سنة ١٩٠٣ المحقوق ١٨ ص ٤٦ - استئناف مخطط ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٨ م ٥١ ص ٦٥) ، ولو كان ذلك من نصيب الموكل فى ميراث (استئناف مخطط ٩ أبريل سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢١٩) .

٥٩٨ - المحلات التي ورد فيها نص خاص - احوال : والحالات

التي ورد فيها نص خاص متناثرة في نواحي التقنين المدني ، بل وفي تقنينات أخرى . وتقتصر هنا على الإشارة إلى أهم هذه الحالات ، وبعضها سبق أن عالجناه في الجزئين الأولين من الوسيط ، وبعضها يعالج في موضعه .

فقد نصت المادة ١٤٠ مدني على أن ١ - يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال ثلاث سنوات . ٢ - ويبدأ سريان هذه المدة في

= وكذلك التزام الفضولي بتقديم حساب بتقادم ، في التقنين المدني السابق ، بخمس عشرة سنة (استئناف مخطوط ١٦ أبريل سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٥٧) ، أما في التقنين المدني الجديد فهتقدم بثلاث سنوات أو بخمس عشرة سنة (انظر م ١٩٧ مدني) . ودعوى الحساب ورصيد الحساب الجاري لا يسقطان إلا بخمس عشرة سنة (استئناف مخطوط ٥ ديسمبر سنة ١٨٨٩ م ٢ ص ٥٩) . وإذا كانت صيغة العقد تدل على أنه ودية موضوعها مبلغ من المال ، فإن العقد لا يكون عقد ودية تامة ، بل هو عقد ودية ناقصة وأقرب إلى عارية الاستهلاك منه إلى الوديعة ، وكل ما يكون اللودع هو المطالبة بقيمة ماله ، وهذا حق شخصي يسقط كسائر الحقوق الشخصية بخمس عشرة سنة من تاريخ الالتزام بالرد (نقض مدني ١١ يناير سنة ١٩٤٠ مجموعة محرر ٣ رقم ٢١ ص ٤٧ - استئناف مخطوط ٣ مارس سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٣٠٢) ، وإذا حصل تكليف بالوفاء فإن مدة التقادم تبدأ من جديد بخمس عشرة سنة (استئناف مصر ٧ ديسمبر سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٩ رقم ٢٨٦ ص ٦٩٠) . والحق في الماش (لا في أقساط الماش النورية) يسقط بخمس عشرة سنة (استئناف مخطوط ١٩ يناير سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ١٠٤ - ٥ مايو سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣١٢) . ولا يكون ثمن استبدال العين الموقوفة معتبراً وفقاً بمنزلة العين المبيعة حتى تشتري به عين أخرى ، إلا إذا دفع الثمن وحفظ ودية على ذمة الوقف . أما إذا لم يدفع ، فإنه يعتبر ديناً بسيطاً يسقط بخمس عشرة سنة ، لا بثلاث وثلاثين (الاسكندرية ٤ يناير سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٧ رقم ٨٧ ص ١٤٣) . والحق في أنطستد أو تسلمه من شركة حق شخصي يسقط بالتقادم (استئناف مخطوط ٢٢ مايو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٣٢٥ - ٢٠ يناير سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٠٥) . انظر أيضاً ريجير في القانون التجاري فقرة ٢٤٤٧ - بلاتبول وريجير ورومان ٧ فقرة ١٣٣٠ .

ويلاحظ أخيراً أنه لا جبرة بحسن النية أو بسوء النية في التقادم المسقط القائم على أساس استقرار التعامل ، وهذه هي حال التقادم بخمس عشرة سنة . فهما كان المدين سيئ النية ، حتى انقضى على استحقاق دينه خمس عشرة سنة فقد سقط الدين بالتقادم ، حتى لو اعترف المدين وهو يمسك بالتقادم أنه لم يدفع الدين . وقد كان قانون الكنيسة يشترط حسن نية المدين لاعتباره وبقائه ، ثم تقلبت مبادئ القانون الروماني على مبادئ القانون الكنسي لاعتبارات عملية (بوهدي وتيسيه فقرة ٦١٦ - فقرة ٦١٩) .

حالة نقص الأهلية ، من اليوم الذى يزول فيه هذا السبب ، وفى حالة الغلط أو التدليس من اليوم الذى ينكشف فيه ، وفى حالة الإكراه من يوم انقطاعه . وفى كل حال لا يجوز التمسك بحق الإبطال لغلط أو تدليس أو إكراه إذا انقضت خمس عشرة سنة من وقت تمام العقد . وهذا النص يقرر مدة تقادم خاصة - ثلاث سنوات أو خمس عشرة سنة - لدعاوى إبطال العقد، وقد سبق أن عاجلنا هذه المسألة عند الكلام فى البطلان (١) .

ونصت المادة ١٧٢ مدنى على أن ١ - تسقط بالتقادم دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى علم فيه الضرر بحدوث الضرر وبالشخص المسئول عنه . وتسقط هذه الدعوى فى كل حال بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع . ٢ - على أنه إذا كانت هذه الدعوى ناشئة عن جريمة، وكانت الدعوى الجنائية لم تسقط بعد انقضاء المواعيد المذكورة فى الفقرة السابقة ، فإن دعوى التعويض لا تسقط إلا بسقوط الدعوى الجنائية . وهنا أيضاً وضع القانون مدة تقادم خاصة - ثلاث سنوات أو خمس عشرة سنة - للدعاوى الناشئة عن العمل غير المشروع ، وقد سبق بحث ذلك فى الجزء الأول من الوسيط (٢) .

(١) الوسيط جزء أول فقرة ٣٢٢ - ويلاحظ أن دعوى الإبطال فى حالة نقص الأهلية لها ميعاد تقادم واحد هو ثلاث سنوات من اليوم الذى يزول فيه نقص الأهلية . ولا تقادم هذه الدعوى بخمس عشرة سنة من وقت تمام العقد، لأن هناك احتمالاً ألا يزول نقص الأهلية، فلا يرتفع الحجر ولا يبلغ القاصر من الرشد ، إلا بعد مدة طويلة تستنفد الخمس عشرة سنة أو تكاد ، فتتقادم الدعوى أو توشك أن تتقادم قبل زوال نقص الأهلية . فأراد المشرع أن يبقى لنقص الأهلية مدة بعد استكمال أهليته يرفع فيها دعوى الإبطال ، وهى ثلاث سنوات كاملة بعد استكمال الأهلية .

(٢) الوسيط جزء أول فقرة ٢٢٥ - ولما كان أساس مسئولية الإدارة من قراراتها الباطلة هو انطوائها، أى العمل غير المشروع (انظر فى هذا المعنى حكم المحكمة الإدارية العليا فى ١٥ ديسمبر سنة ١٩٥٦ بمجلة إدارة قضايا الحكومة السنة الأولى العدد الأول ص ٢١٤) ، فإنه يقترب على ذلك أن دعوى التعويض من قرار إدارى باطل تتقادم بثلاث سنوات من اليوم الذى علم فيه الضرر بحدوث الضرر وبالشخص المسئول عنه . قارن مع ذلك حكماً آخر للمحكمة الإدارية العليا فى ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٥٦ (بمجلة إدارة قضايا الحكومة السنة الأولى العدد الأول ص ٢١٩) ، وتذهب المحكمة إلى أن التعويض من قرار باطل يفصل عامل اليومية -

ونصت المادة ١٨٠ مدني على أن « تسقط دعوى التعويض عن الإثراء بلا سبب بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه من لحقته الخسارة بحقه في التعويض ، وتسقط الدعوى كذلك في جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذي ينشأ فيه هذا الحق » . ونصت المادة ١٨٧ مدني على أن « تسقط دعوى استرداد ما دفع بغير حق بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه من دفع غير المستحق بحقه في الاسترداد ، وتسقط للدعوى كذلك في جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذي ينشأ فيه هذا الحق » . ونصت المادة ١٩٦ مدني على أن « تسقط الدعوى الناشئة عن الفضالة بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه كل طرف بحقه ، وتسقط كذلك في جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذي ينشأ فيه هذا الحق » . وفي جميع هذه النصوص نرى القانون قد وضع مدة تقادم خاصة — ثلاث سنوات أو خمس عشرة سنة — للدعوى الناشئة عن استرداد ما دفع بغير حق والفضالة والإثراء بلا سبب بوجه عام ، وقد عالجنا هذه المسألة في الجزء الأول من الوسيط (١) .

— قبل من الخامسة والستين ليس مصدره العمل غير المشروع ، بل مصدره القانون مباشرة . وما ذهبت إليه المحكمة من ذلك لا يخلو من التضارب مع ما ذهبت إليه في الحكم الأول الذي سبقت الإشارة إليه . هذا إلى أنه لو صح ما ذهبت إليه من أن مصدر المسؤولية هنا هو القانون مباشرة ، لوجب أن تكون مدة التقادم خمس عشرة سنة ، ما دام لا يوجد نص خاص — كما وجد قانون خاص في فرنسا يجعل مدة التقادم أربع سنوات في هذه الحالة — بمدة مدة أخرى . ولكن المحكمة جعلت مدة التقادم خمس سنوات ، وتؤسس ذلك على أن التعويض عن حرمان الموظف من مرتبه بسبب فصله بدون وجه حق تكون مدة التقادم فيه هي مدة التقادم المسقطة للمرتبة ، إذ « أن التعويض المترتب على الإخلال بالالتزام هو من طبيعة الحق الناشئ عن هذا الالتزام ، لأنه هو المقابل له ، فتسرى بالنسبة لتعويض مدة التقادم التي تسرى بالنسبة للحق الأصل » . ولا نرى أن هناك علاقة ، من حيث مدة التقادم ، بين المرتبة والتعويض . فالالتزام بالمرتبة التزام دوري متجدد ، مصدره القانون على أساس العلاقة التنظيمية العامة التي تربط الحكومة بموظفيها . أما الالتزام بالتعويض فالالتزام بمبلغ من النقود تقدره المحكمة جزائياً ، لا يدور ولا يتجدد ، ومصدره ليس هو القانون كما تقول المحكمة في حكمها هذا ، بل هو العمل غير المشروع كما تقول في حكمها الأول .

(١) الوسيط جزء أول فقرة ٧٩٤ وفقرة ٨٥٥ وفقرة ٨٩١ وقرة ٩٠٠ .

ونصت المادة ٢٤٣ مدني على أن «تسقط بالتقادم دعوى عدم نفاذ التصرف بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف، وتسقط في جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من الوقت الذي صدر فيه التصرف المطعون فيه». وهذه هي أيضاً مدة خاصة لتقادم الدعوى البولصية عاجلناها عند الكلام في هذه الدعوى في الجزء الثاني من الوسيط (١).

ونصت الفقرة الأولى من المادة ٤٢٦ مدني على أن «تسقط بالتقادم دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن إذا انقضت ثلاث سنوات من وقت توافر الأهلية أو من اليوم الذي يموت فيه صاحب العقار المبيع». وهذه مدة خاصة للتقادم قررها القانون في خصوص دعوى الغبن، ومكانها عند الكلام في البيع.

ونصت المادة ٤٥٢ مدني، في خصوص دعوى ضمان العيب في البيع، على أن «تسقط بالتقادم دعوى الضمان إذا انقضت سنة من وقت تسليم المبيع، ولو لم يكشف المشتري العيب إلا بعد ذلك، ما لم يقبل البائع أن يلتزم بالضمان مدة أطرل. ٢ — على أنه لا يجوز للبائع أن يتمسك بالسنة لنظام التقادم إذا ثبت أنه تعمد إخفاء العيب غشاً منه». وهذه مدة خاصة لتقادم دعوى ضمان العيب الخفي، مكانها عند الكلام في البيع.

ونصت المادة ٦٥٤ مدني، في خصوص دعاوى ضمان المهندس المعماري والمقاول المعماري ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم فيها أقاموه من منشآت، على أن «تسقط دعاوى الضمان المتقدمة بانقضاء ثلاث سنوات من وقت حصول التهدم أو انكشاف العيب». ومكان هذا التقادم الخاص عند الكلام في عقد المقاوله.

ونصت المادة ٦٧٢ مدني — للانحراف أو الغلط الذي يقع عند تطبيق تعريفه الأسعار التي قررتها السلطة العامة في التزام المرافق العامة على العقود الفردية، فيكون الحق للعميل في استرداد ما دفعه زيادة على الأسعار المقررة، ويكون للملتزم بالمرافق العام الحق في استكمال ما نقص من الأسعار المقررة — على أن «يسقط الحق في الحالين بانقضاء سنة من وقت قبض الأجور التي لا تنفق مع

(١) الوسيط جزء ثان فقرة ٥٩٦.

الأسعار المقررة . . ومكان هذا التقادم الخاص عند الكلام في التزام المرافق العامة .

ونصت المادة ٦٩٨ مدني على أن ١ - تسقط بالتقادم الدعاوى الناشئة عن عقد العمل بانقضاء سنة من وقت انتهاء العقد ، إلا فيما يتعلق بالعمالة والمشاركة في الأرباح والنسب المثوية في جملة الإراد فان المدة فيها لا تبدأ إلا من الوقت الذي يسلم فيه رب العمل إلى العامل بياناً بما يستحقه بحسب آخر جرد . ٢ - ولا يسرى هذا التقادم الخاص على الدعاوى المتعلقة بانتهاك حرمة الأسرار التجارية أو تنفيذ نصوص عقد العمل التي ترمى إلى ضمان احترام هذه الأسرار . . وهذا التقادم الخاص مكانه عقد العمل .

ونصت الفقرة الثانية من المادة ٧٢٨ مدني على أن « تسقط بالتقادم دعوى المسافر قبل صاحب الفندق أو الخان بانقضاء ستة أشهر من اليوم الذي يغادر فيه الفندق أو الخان » . وهذا التقادم الخاص مكانه عقد الوديعة .

ونصت الفقرة الأولى من المادة ٧٥٢ مدني على أن « تسقط بالتقادم الدعاوى الناشئة من عقد التأمين بانقضاء ثلاث سنوات من وقت حلول الواقعة التي تولدت عنها هذه الدعاوى » . وهذا التقادم الخاص مكانه عقد التأمين .

ونصت المادة ١٩٤ من التقنين التجاري على أن « كل دعوى متعلقة بالكيالات أو بالسندات التي تحت إذن وتعتبر عملاً تجارياً أو بالسندات التي لحاملها أو بالأوراق المتضمنة أمراً بالدفع أو بالحوات الواجبة الدفع بمجرد الاطلاع عليها وغيرها من الأوراق المحررة لأعمال تجارية يسقط الحق في إقامتها بمضي خمس سنين اعتباراً من اليوم التالي ليوم حلول ميعاد الدفع أو من يوم عمل البروتستو أو من يوم آخر مرافعة بالمحكمة إن لم يكن صدر حكم أو لم يحصل اعتراف بالدين بسند منفرد . وإنما على المدعي عليهم تأييد برامة ذمتهم بحلفهم اليمين على أنه لم يكن في ذمتهم شيء من الدين إذا دعوا للحلف ، وعلى من يقوم مقامهم أو ورثتهم أن يحلفوا عيناً على أنهم معتقدون حقيقة أنه لم يبق شيء مستحق من الدين (١) » . ونصت المادة ٦٥ من التقنين التجاري على أن

(١) ويسرى هذا التقادم على الكيالات وتعتبر دائماً أعمالاً تجارية . ويسرى أيضاً على السندات تحت الإذن أو لحاملها ، بشرط أن تكون محررة من تجار أو بسبب أعمال تجارية . -

= ويسرى أخيراً على الكيالات التي ينقصها بعض الشروط - وهي التي عناها النص بعبارة الأوراق المفضضة أمراً بالنفع أو المخالات الواجبة الدفع بمجرد الاطلاع عليها وغيرها من الأوراق المحررة لأعمال تجارية . - بشرط أن تكون هي أيضاً محررة من تجار أو بسبب أعمال تجارية حتى تكون من الأعمال التجارية . والدعاوى التي تسقط بهذا التقادم هي الدعاوى التي يرفعها الحامل على المسحوب عليه القابل للكيالة أو على محرر السند تحت الإذن ، والدعاوى التي ترفع على الساحب التي لم يقدم مقابل الوفاء ، والدعاوى التي ترفع على المظهرين ، ودعاوى رجوع الملتزمين بالوفاء بعضهم على بعض ، والدعاوى الناشئة بين الموقعين على الورقة التجارية بسبب علاقاتهم القانونية التي أنضت إلى إنشاء الورقة أو تظهيرها .

أما بقية الديون التجارية الأخرى ، غير الديون المتقدمة وغير ما نصت عليه المادتان ١٠٤ و ١٠٥ تجارى الآتي ذكرهما في المتن ، فسقط كالدیون المدنية بخمس عشرة سنة ، ويدخل في ذلك رصيد الحساب الجاري (استئناف مصر ١٥ يونيو سنة ١٩٢٦ المحاماة ٧ ص ١١٤) .

ويسرى التقادم الخمسى بالنسبة إلى الأوراق التجارية من اليوم التالي ليوم حلول ميعاد الدفع أو من يوم عمل البروتستو أو من يوم آخر مرافعة في المحكمة . وإذا كانت الكيالة أو السند الإذني مستحق الدفع عند الطلب ، سرى التقادم من تاريخ إنشاء الكيالة أو السند . وإذا انقطع التقادم وسرى تقادم جديد ، كانت مفعلاً التقادم الجديد خمس سنوات أيضاً ، إلا إذا صدر حكم بالدين فإن هذا الحكم لا يسقط إلا بخمس عشرة سنة (استئناف مصر ١٦ يونيو سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٢ ص ٢٤٨ - استئناف غنطل ١٤ يونيو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٨٢) ، أو إلا إذا اعترف المدين بالدين بسند منفرد فيعتبر هذا تجديد الدين بشرط أن يكون التجديد لاحقاً لاستحقاق الورقة التجارية فلا يسقط الدين الجديد إلا بخمس عشرة سنة (الأستاذ محمد صالح في شرح القانون التجارى ٢ ص ١٥٥ - ص ١٦٥ - الموجز للمؤلف فقرة ٦٠٨) . وقد قضت محكمة النقض بأن المادة ١٩٤ من التقنين التجارى بقولها « وغيرها من الأوراق المحررة لأعمال تجارية » إنما عنت الأوراق التجارية الصادرة لعمل تجارى ، لا الأوراق غير التجارية ولو كانت صادرة لعمل تجارى . وأخص خصائص الورقة التجارية صلاحيتها للتداول ، ولازم كونها كذلك أن تكون ورقة مستقلة بنفسها ، وأن يبين فيها بمجرد الاطلاع عليها أن قيمتها مقدرة على وجه نهائى لا يدع مجالاً لمنازعة . فإذا كانت الورقة محل الدعوى متصلة بكشف حساب وكانت نهائية قيمتها معلقة على خلو الكشف من السهو والغلط ، فإنها لا تكون ورقة تجارية ، وذلك دون الحاجة إلى النظر فيما إذا كانت الورقة قد حررت لعمل تجارى أم لغيره (نقض مدنى ٢٣ يناير سنة ١٩٤٧ مجموعة حمى ٥ رقم ١٤٢ ص ٣١١) . وقضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه لسن يسقط حق المطالبة بكيالة تحت الإذن بمضى خمس سنوات يجب أن يكون سبب الدين تجارياً ، أما إذا كان السبب غير تجارى فتطبق قواعد القانون المدني (استئناف وطنى ٤ مايو سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٢٢ رقم ١٢٧ ص ٢٠٤ - وانظر أيضاً استئناف غنطل ١٥ مارس سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٢١٧ - ٢٤ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٨٤) . وقضت محكمة الاستئناف الوطنية أيضاً بأن التزام الموقعين على كيالة بعضهم قبل بعض يعتبر مدنياً لا يسقط إلا بخمس عشرة سنة ولو كانت الكيالة تجارية ، ويسقط الحق فيها =

« كل مانشأ عن أعمال الشركة من الدعاوى على الشركاء الغير مأمورين بتصفية الشركة أو على القائمين مقامهم يسقط الحق في إقامته بمضى خمس سنين من تاريخ انتهاء مدة الشركة إذا كانت المشاركة المبينة فيها مدتها أعلنت بالكيفية المقررة قانوناً ، أو من تاريخ إعلان الاتفاق المتضمن فسخ الشركة . وتتبع في ذلك القواعد العمومية المقررة لسقوط الحق بمضى المدة ، مع مراعاة القواعد المقررة لانقطاعها » . ونصت المادة ١٠٤ من التقنين التجارى على أن « كل دعوى على الوكيل بالعمولة وعلى أمين النقل بسبب التأخير في نقل البضائع أو بسبب ضياعها أو تلفها تسقط بمضى مائة وثمانين يوماً فيما يختص بالإرساليات التي تحصل في داخل القطر المصرى ، وبمضى سنة واحدة فيما يختص بالإرساليات التي تحصل للبلاد الأجنبية . ويبتدىء الميعاد المذكور في حالة التأخير أو الضياع من اليوم الذى وجب فيه نقل البضائع ، وفي حالة التلف من يوم تسليمها ، وذلك مع عدم صرف النظر عما يوجد من الغش والخيانة » . ويمكن بحث هذه النصوص القانون التجارى .

— بالنسبة إلى الدائن بمرور خمس سنوات (استئناف وطنى ٢٣ مارس سنة ١٩٠٥ الحقوق ٢٠ ص ١٣٩) . وقضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا كان السند الإذنى موقفاً عليه من تاجر ، كان عملاً تجارياً بمقتضى نص المادة ٠٢ من قانون التجارة ، إلا أن هذه القرينة ليست قاطعة ، فيجوز فيها وإثبات أن سبب الدين مدنى محض تسمى عليه أحكام القانون المدنى خصوصاً فيما يتعلق بسقوط الحق في المطالبة بالدين (استئناف مصر ١٥ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ١٤١ ص ١٨٧) . وقضت محكمة استئناف مصر أيضاً بأنه إذا حرر التاجر سند دين لمدل غير خاص بتجارته كان السند مدنياً ، فلا يسقط الحق في المطالبة به بمضى خمس سنوات (استئناف مصر ١٧ نوفمبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٣١١ ص ٦١٦ - ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٨ رقم ٤٠٠ ص ٨٦٧) . وقضت محكمة مصر بأن السند يكون تجارياً من ناحية الدائن إذا كان هذا الأخير تاجراً ولم يقدّم دليل من جانبه على مدنية سبب السند ، وإذا كان السند تجارياً من ناحية الدائن فإن حقه في المطالبة بقيته يسقط بمضى خمس سنوات ، سواء كان المدين تاجراً أو غير تاجر (مصر ٩ أبريل سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٢ رقم ٣٢٥ ص ٦٢٧) .

هذا والنص على جواز توجيه المدين إلى المدين دليل على أن هذا التقادم قائم على قرينة الوفاء (استئناف مصر ٣ نوفمبر سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ٣٤٣ ص ٥٠٥ - ٤ فبراير سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٠ رقم ٣٣٨ ص ٦٧٦ - مصر ١٥ أبريل سنة ١٩٣١ المحاماة ١١ رقم ٥٤٧ ص ١٠٧٢) . ولا توجه المدين إلا للمدين أو ورثته ، فلا توجه للكفيل (استئناف مصر ٨ ديسمبر سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ٩٤ ص ٢٢٦) .

ويلاحظ أن المشرع قد قصر مدد التقادم في الدعاوى الناشئة عن غير العقد - العمل غير المشروع والإثراء بلا سبب - لأن الدين مفروض على المدين بحكم القانون لا بإرادته . وقصر أيضاً مدد التقادم في الدعاوى الناشئة عن العقد حيث يكون هناك مبرر للتقصير بسبب طبيعة الدعوى ، وذلك كدعاوى الإبطال والدعوى البولصية ودعوى تكملة الثمن للغبين ودعوى العيب الخفي في البيع والدعاوى الناشئة عن عقد العمل أو عن عقد التأمين أو عن الكياليات والأوراق التجارية أو عن بعض العقود التجارية ، فهذه كلها دعاوى تستوجب التعجيل في رفع الدعوى ، فقصر المشرع مدد التقادم فيها على نحو ما رأينا . أما الدعاوى الناشئة عن العقد فيما لا يستوجب التعجيل في رفع الدعوى ، فهذه لا تتقادم عادة إلا بخمس عشرة سنة ، لأن الالتزامات التي ترفع بها هذه الدعاوى قد ارتضاها المدين بإرادته مختاراً .

٥٩٩ - الاستثناءات التي أوردتها القانون . (١) الحقوق الدورية

المفردة - النصوص القانونية : وهناك إلى جانب هذه النصوص الخاصة استثناءات أخرى أوردتها التقنين المدني عقب إيرادها للقاعدة العامة في مدة التقادم . وأول هذه الاستثناءات يتعلق بالحقوق الدورية المتجددة . فقد نصت دة ٣٧٥ من التقنين المدني على ما يأتي :

١ - يتقادم بخمس سنوات كل حق دوري متجدد ولو أقر به المدين ، كأجرة المباني والأراضي الزراعية ومقابل المحكر ، وكالفوائد والإيرادات المرتبة والمهايا والأجور والمعاشات .

٢ - ولا يسقط الربح المستحق في ذمة الحائز شيء النية ولا الربح الواجب على ناظر الوقف أداؤه للمستحقين إلا بانتفاء خمس عشرة سنة (١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥١٤ من المشروع المجهدي عل الوجه الآتي :

١ - يتقادم بخمس سنوات كل حق دوري متجدد ، كأجرة في المباني وفي الأراضي الزراعية وكالفوائد والأقساط والمرتبات والأجور والمعاشات . ويتقادم الحق حتى لو أقر به المدين به بجنونه بالتقادم . ٢ - ومع ذلك لا يسقط الربح المستحق في ذمة الحائز شيء النية ولا التهمين التابعة في ذمة ناظر الوقف للمستحقين إلا بانتفاء خمس عشرة سنة . وفي لجنة المراجعة أضيف بمقابل المحكر ، ضمن الحقوق التي تسقط بخمس سنوات ، وأصبحت المادة رقمها ٣٨٨ في المشروع -

وبقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ٢٧٥/٢١١ (١).

وبقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٢٧٣ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٦٢ - وفي التقنين المدني العراقي

- النهائي . وفي مجلس النواب عدل النص بحيث أصبح مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وفي لجنة مجلس الشيوخ تقدمت مقترحات عدة لم تأخذ بها اللجنة ، وقالت فيها في تقريرها ما يأتي : اقترح حذف عبارة « ولو أقر به المدين » من المادة ٣٧٥ وحذف للفقرة الثانية منها ، لأن التقادم الخمسي لا يعتبر من النظام العام ولأن ما تنص عليه الفقرة الثانية لا يعتبر من قبيل الديون الدورية بالنسبة إلى المدينين الوارد ذكرهم فيها ، فضلاً عن إنه لا محل لأفراد نص لم دون أشغالهم من الأوصياء والوكلاء والمصنفين ... ولم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح ، لأن النص ليس معناه أن المحكمة تقضي بالتقادم ولو أقر المدين بالدين إقراراً يطلو على معنى التنازل عن التمسك بالدفع بالتقادم ، بل هو يقرر القاعدة المسلمة المترعة على عدم قيام هذا النوع من التقادم على قرينة الرقاء ، ومؤداهما أن إقرار المدين يتوَّب الدين في ذمته لا يمنعه في الوقت ذاته من أن يتمسك بالتقادم ، ولا يحول دون القضاء بتقادم الدين على أساس هذا التمسك . هذا ويراعى أن الفقرة الثانية من المادة ٣٧٥ وردت لحسم خلاف أثير في صدد الحالتين التين خصتهما بالذكر ، وليس من الخير أن يترك باب الخلاف مفتوحاً مع أن في الوضوح منه . واقترح الاستعاضة عن عبارة « حق وحقوق » الواردة في المواد ٣٧٥ و ٣٧٦ و ٣٧٨ بعبارة « دين وديون » ، لأن الانقضاء لا يرد على الحق وإنما يرد على الدين . ولم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح ، لأن الذي ينتقض هو الالتزام ، وهو رابطة تتمثل في فعة الدائن حقاً وفي فعة المدين ديناً ، فلا يقبل أن يقال إن أحد وجهي هذه الرابطة هو الذي يقبل الانقضاء دون الآخر ، وإنما يرد الانقضاء على الرابطة بوجهها جميعاً ، فيصح في لغة التشريع أن يقال انقضاء الحق وانقضاء الالتزام وانقضاء الدين ، وكلها صحيح وكلها بمعنى واحد . ولذلك استعمل التقنين الحالي (السابق) الاصطلاحين معاً ، فعبّر أحياناً بسقوط « المبالغ المستحقة » أي الحقوق ، وعبّر أحياناً بسقوط « الديون » . والحق والقضاء جميعاً لا يتكرران شيئاً من ذلك . واقترح أن يضاف إلى أحكام التقادم النص الآتي : « تتقادم الدعوى بذات المدة المقررة لتقادم الدين المطلوب فيها » . ولم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح ، لأن النظام الذي اتبته التقنين لا يفرق بوجه عام بين الحق والدعوى على غرار ما هو معروف في الفقه الإسلامي . أما إذا أريد بالدعوى الخصومة أمام القضاء ، فهذا ما تكفل بالنص على التقادم فيه مشروع قانون المرافعات . ووافقت اللجنة على النص كما هو تحت رقم ٣٧٥ ، ثم وافق عليه مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٠٤ و ص ٣٠٦ - ص ٣١٠) .

(١) التقنين المدني السابق م ٢٧٥/٢١١ : المرتبات والفوائد والمعاشات والأجر ، وبالجملة

كلقة ما يستحق دفعه سنوياً أو بمواعيد أقل من سنة ، يسقط الحق في المطالبة به بمضي خمس سنوات هلالية . (والحكم واحد في التقنينين السابق والجديد ، فيما عدا أن السنين تحسب ميلادية في التقنين الجديد) .

المادة ٤٣٠ — وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٣٥٠ (١) .

٦٠٠ — الضابط هو المروية والنجد : وقد أورد المشرع بصريح

النص الضابط لهذه الحقوق التي تتقدم بخمس سنوات ، فوصفها بأنها « كل حق دورى متجدد » . والدورية (périodicité) هي أن يكون الحق مستحقاً في مواعيد دورية ، كل شهر أو كل ثلاثة أشهر أو كل سنة ، أو أقل أو أكثر . والتجدد (renouvellement) هو أن يكون الحق بطبيعته مستمراً لا ينقطع .

والأمثلة التي أوردها المشرع توضح هاتين الخاصيتين . فأجرة المباني والأراضي الزراعية دورية : تدفع أجرة المباني في العادة كل شهر أو كل ثلاثة أشهر أو كل سنة ، وتدفع أجرة الأراضي الزراعية عادة كل سنة قطعاً واحداً أو قسطين . وهي في الوقت ذاته متجددة بطبيعتها ، إذ هي مستمرة لا تنقطع ،

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٣٧٣ (مطابقة المادة ٣٧٥ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٣٦٢ (مطابقة المادة ٣٧٥ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٤٣٠ : ١ — كل حق دورى متجدد ، كالأجرة والفوائد والرواتب

والإيرادات المرتبة ، لاتسبع الدعوى به على المدين بعد تركها من غير علم شرعي خمس سنوات .

٢ — أما الربح المستحق في ذمة المالك سببه ثنية ، والربح الواجب على متول الوقت أدائه

لمستحقين ، فلا تسبع للدعوى بهما على المترك بعد تركها من غير علم شرعي خمس عشرة سنة .

(وأحكام التقنين العراقي متفقة مع أحكام التقنين المصري ، فيما عدا أن التقنين العراقي ،

على غرار الفقه الإسلامي ، لا يميز بين دعوى بدلا من أن يحق الحق بالتقادم . انظر الأستاذ

حسن اللذوني في أحكام الالتزام في القانون المدني للعراق فقرة ٢٨٢ — فقرة ٢٨٤ — وانظر

مقالا في التقادم المسقط في القانون المدني العراقي للأستاذ شهاب شهب غطاب في مجلة القضاء بغداد

العدد الخامسة عشرة ص ٥٠ — ص ٥٢) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٣٥٠ : تكون مدة موزو الزمن خمس سنوات في المستحقات

المتأخرة والفوائد وحسب الأهم من الأرباح وأجور المباني والأراضي الزراعية ، وبوجه عام

في الموجبات التي تستحق الأداء كل سنة أو أقل . وتكون مدة مرور الزمن خمس سنوات أيضاً

في الدعاوى بين الشركاء أو بين هؤلاء وأشخاص آخرين من أجل الموجبات الناشئة من هذه

الشركة . وتبتنى هذه المدة من يوم إعلان حل الشركة أو إعلان خروج أحد الشركاء .

(والفقرة الأولى من النص تنص بنفس أحكام التقنين المدني المصري . وانظر في الفقرة

الثانية من النص المادة ٦٥ من التقنين التجاري المصري) .

فإن المالك يستأدى الأجرة في العادة مستمرة دون انقطاع ، والمستأجر يدفعها مستمرة دون انقطاع . وهى إذا كانت تنقطع بانتهاء عقد الإيجار ، إلا أنها تقاس بالزمن ، وتتجدد بتجديده ، ما دام عقد الإيجار قائماً (١) . وليست أجرة المباني والأراضي الزراعية وحدها هى الدورية المتجددة ، بل إن كل أجرة يلحقها هذا الوصف . فأجرة الأرض القضاء ، وأجرة الغرف المفروشة ، وأجرة المنقولات كالسيارات إذا استؤجرت لمواعيد دورية « والذهبيات » « والعوامات » وغيرها ، كل هذه حقوق دورية متجددة تتقدم بخمس سنوات . غير أن المشرع أورد أجرة المباني والأراضي الزراعية على سبيل المثال لا على سبيل الحصر ، لأنها هى الغالبة فى التعامل (٢) .

ومقابل الحكر هو أيضاً أجرة دورية متجددة (٣) . وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ١٠٠٣ مدنى على أن تكون هذه الأجرة « مستحقة الدفع فى نهاية كل سنة » ، ما لم ينص عقد التحكيم على غير ذلك . وكقابل الحكر الأجرة السنوية للأرض المساوية لأجرة المثل فى عقد الإيجارين (م ١٠١٣ مدنى) ، والأجرة الثابتة فى عقد خلو الانتفاع (م ١٠١٤ مدنى) ، فكل هذه حقوق دورية متجددة

(١) ويفرق الأستاذ عبد الحى حجازى بين الحق المتجدد كالأجرة والحق المتجزئ كالحق المسقط ، فيقول : « الحق المتجدد تتميز مرات تجديده على أساس المدة ، أما الحق المتجزئ على الزمن فإن المدة تتحدد على أساس عدد الأجزاء . ولهذا فإن الدين المتجزئ لا يسقط إلا بالتقدم الطويل ، وذلك لتخلف صفة التجدد فيه ، بل إن صفة الدورية فيه ليست ناشئة من كونه منوطاً بالمدة ، لأنه ليس منوطاً بالمدة ، وإنما المدة ناشئة من تقسيمه على أجزاء ووضع كل جزء فى نطاق زمن معين » (الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٣٥٥) .

(٢) ولأن فى إطلاق « الأجرة » شيئاً من علم اللغة ، فسرى أن أجرة الفترة فى الفتق تتقدم بسنة واحدة لا بخمس سنوات (م ٣٧٨ مدنى) .

هذا وليس كل التزام ينشأ من عقد الإيجار يتقدم بخمس سنوات ، فالتعويض من تلف العين المؤجرة ينشأ من عقد الإيجار ولا يتقدم إلا بخمس عشرة سنة . وإنما تقدمت الأجرة بخمس سنوات لأنها دورية متجددة ، لا لأنها ناشئة من عقد الإيجار (بلانول وريبير وردوان ٧ فقرة ٢٣٣٤ ص ٧٤٢) .

(٣) استئناف مخطط ٣١ ديسمبر سنة ١٨٩٠ م ٣ ص ١٠٣ — ١٢ مارس سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١٦٥ — مصر ٣٠ أبريل سنة ١٨٩٩ الحقوق ١٦ ص ١٤٨ — ٧ يناير سنة ١٩٠٨ الجمعية الرسمية ٩ رقم ٩١ ص ٢٠٨ .

تتقدم بخمس سنوات (١) .

والقوائد هي أيضاً حقوق دورية متجددة ، إذ هي تدفع كل سنة عادة ، وهي ريع متجدد لرأس المال . وتتقدم بخمس سنوات أياً كان مصدرها ، فقد تكون فوائد اتفاقية كما في القرض وتضمن المبيع ، وقد تكون فوائد قانونية طوّل بها مطالبة قضائية (٢) . ويدخل في القوائد فوائد الأسهم والسندات (الكوبونات) (٣) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا أقر المستأجر في عقد الإيجار أنه إذا زرع أكثر من ثلث الأرض قطعاً أو كرر الزراعة القطعية فيما سبقت زراعته قطعاً ، يكون ملزماً بمثل الأجرة ، وجعل لنظارة الوقت حق خصم ما يجب من ذلك التمويض من كل مبلغ دفعه أو يدفعه المستأجر ، ووقع الاتفاق على أن يسرى هذا الحكم ويتكرر في سني الإيجار ، فإن الظاهر من هذا المقدم أن الطرفين أزالا التمويض المذكور منزلة الأجرة قدرأ واستحقاقاً وتكراراً ، ومتى قام بالالتزام بالتمويض المترتب على مخالفة المستأجر لالتزاماته الأصلية وصف كونه مقدراً تقدير الأجرة واستحقاقاً واستحقاقها ودائراً معها عن مدة الإيجار ، فقد جاز عليه حكم السقوط بالتقدم الخمسي سقوط الأجرة (نقض مدني ٢٧ فبراير سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٣٤ ص ١٠٧٢ - وافظر أيضاً : نقض مدني ٢٧ أبريل سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٨٠ ص ٥٤٨) .

(٢) وقد قضت محكمة استئناف مصر بسقوط القوائد التي حل أجلها وانقضت على استحقاقها خمس سنوات أيما كان نوعها ، سواء أكانت القوائد متفقاً عليها أم كانت سارية بحكم القانون أو محكوماً بها من المحاكم (١٦ يونيو سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٢ رقم ١١٤ ص ٢٤٨ - وافظر : استئناف مخطوط ٩ مارس سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ١٦٥ - ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٢٥ ص ٣٨ - ١٤١ - ٢١ أبريل سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٥٩ - ٢ مارس سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١٢٠) .

وقضت أيضاً بأنه يبدأ في استئصال ما دفع من الدين من الأقساط بالمصروفات والقوائد المستحقة على الدين قبل الخصم من رأس المال . فإذا ورد في الإيصالات المقدمة من المئانف أن خصم الأقساط التي دفعها يكون من المطلوب للدائن بدون تفصيل ، انصرف هذا السداد إلى أنه واقع على القوائد أولاً . ومتى ثبت ذلك تكون هذه الدفوعات خصماً من القوائد المستحقة سنوياً ، ويضرب على هذا أن سدادها قاطع لسريان مدة تقدمها في كل تاريخ من تواريخ الإيصالات التي قدمها الخصم (استئناف مصر ٣ يناير سنة ١٩٤٥ المجموعة الرسمية ٤٦ رقم ١٢١) .

(٣) أما إذا كانت القوائد مستحقة على سبيل التمويض ، فإنها لا تكون دورية متجددة ، وتتقدم بخمس عشرة سنة لا بخمس سنوات . وقد قضت محكمة الاستئناف المخططة بأنه إذا لم يشترط دفع فوائد من الباقي من الثمن في ذمة المشتري ، واستولى المشتري على الأرض المبيعة وانضغ بها ، وجب عليه دفع فوائد على سبيل التمويض في مقابل الانتفاع بالأرض ، وهذه القوائد لا تخضع لتقدم الخمس (١١ نوفمبر سنة ١٩١٩ م ٣٢ ص ٧) .

والإيرادات المرتبة هي أيضاً حقوق دورية متجددة تتقدم بخمس سنوات. ويستوى في ذلك الإيرادات المرتبة لدى الحياة فهي دورية تتجدد مدى الحياة، والإيرادات الدائمة فهي دورية تتجدد على الدوام. وتتقدم الإيرادات بخمس سنوات إما باعتبارها إيرادات مرتبة، وإما باعتبارها فوائد مستحقة على رأس المال الذي دفعه صاحب الإيراد للمدين به (انظر ٢/٥٤٥ مدني).

والمهايا والأجور والمعاشات (١) هي أيضاً حقوق دورية متجددة تتقدم بخمس سنوات، وتدفع عادة كل شهر، وتتجدد باستمرار. ولا يدخل في ذلك أجور العمال والخدم والأجراء، سواء كانت يومية أو أسبوعية أو شهرية، فهذه كما سئرى تتقدم بسنة واحدة. فالذي يتقدم إذن بخمس سنوات هي مهايا وأجور ومعاشات الموظفين والمستخدمين دون العمال والخدم. ويلحق بالمهايا والأجور والمعاشات دين النفقة، فهو أيضاً يتقدم بخمس سنوات (٢)، والدائن بالنفقة إذا هو أهمل في المطالبة بها أكثر من هذه المدة، فالغالب أن يكون ذلك راجعاً إلى عدم حاجته لها، ويكون غير مستحق إياها.

ويكفي أن يكون الحق دورياً متجدداً ليتقدم بخمس سنوات، فليس من الضروري إذن أن يكون حقاً ثابتاً لا يتغير مقداره. فمن الحقوق الدورية المتجددة ما يتغير مقداره. من وقت إلى آخر، كريع الأسهم (dividendes) ومقابل الحكر وهو يزيد أو ينقص كلما بلغ التغير في أجر المثل حداً يجاوز الخمس زيادة أو نقصاً على أن يكون قد مضى ثمانى سنوات على آخر تقديز (م ١٠٠٤/٢ مدني)، وكأقساط التأمين في جمعيات التأمين التعاونية (assurance mutuelle) فهذه أيضاً متغيرة بحسب الحوادث التي تقع كل سنة وقد لا تقع حوادث أصلاً فلا تستحق أقساطاً ما. فهذه الحقوق الدورية المتجددة، التي تتغير مقاديرها من وقت إلى آخر، تتقدم مع ذلك بخمس سنوات. وهذا على خلاف ما جرى

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن المادتين ٢١١ مدني (قديم) و ٦٤ من لائحة المعاشات التأمينية يسقط الحق في المرتبات بخمس سنوات لا تطبيقاً إلا على معاش تمت تسويته (٤ مايو سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٥ ص ٢٣).

(٢) ومع ذلك فقد قضت محكمة طعناً بأن النفقة لا تسقط إلا بخمس عشرة سنة (٢٦ يناير سنة ١٨٩٩ للقضاء ٦ ص ٥٨).

عليه القضاء الفرنسي ، فهو يقضى بوجوب أن يكون مقدار الحق الدورى المتجدد ثابتاً لا يتغير ، فتتقدم أقساط التأمين فى جميات التأمين التعاونية بثلاثين سنة لا بخمس سنوات .

٦٠١ - الأساس الزى يقوم عليه تقدم الحقوق الدورى المتجددة :

وتتحدد قاعدة التقدم الخمسى للحقوق الدورى المتجددة ، فى أصلها التاريخى ، للقانون الفرنسى القديم (١) . وقامت منذ البداية على الاعتبار الرئيسى الآتى : إن هذه الحقوق الدورى المتجددة يدفعها المدين عادة من ريعه الدورى المتجدد ، فالمستأجر يدفع الأجرة من إيراده الشهرى أو السنوى ، والمقرض يدفع الفوائد من ريع أمواله ، بل إن الحكومة وأرباب الأعمال يدفعون ماهيات الموظفين والمستخدمين وأجورهم ومعاشاتهم من ميزانياتهم السنوية وهى ميزانيات دورية متجددة (٢) . فإذا أهمل الدائن فى المطالبة بهذه الحقوق الدورى المتجددة مدة طويلة من الزمن ، فتراكت على المدين ، وكان للدائن أن يتقاضاها لمدة التقدم العادى ، أى لمدة خمس عشرة سنة خلت ، اضطرت المدين أن يدفعها من رأس ماله ، وقد يجر هذا عليه الإفلاس والخراب . من أجل ذلك وضع

(١) وبالتحديد إلى عصر لويس الثانى عشر ، إذ أصدر هذا الملك الفرنسى أمراً ملكياً (ordonnance) ، فى يونيه سنة ١٥١٠ ، قضى فيه بأن من يشترى إيراداً مرتباً - والإيراد المرتب فى ذلك الوقت هو الفائدة على رأس المال - لا يجوز له أن يطالب بمتأخرات الإيراد لأكثر من خمس سنوات ، وذلك حتى لا تتراكم المتأخرات على المدين بالإيراد ، فترهقه وتوقه فى الإفلاس والخراب (بودرى وتيسيه فقرة ٧٦٧) .

(٢) وقد قضت المحكمة الإدارية العليا بأن التقدم الخمسى يقوم على اقتراض أداء المدين للديون الدورى المتجددة من إيراده ، وأن تراكمها أكثر من خمس سنوات تكليف بما يجوز السعة ، وهذه القرينة لا تقبل إثبات الدليل العكسى . ولخزانة العامة حق الانتفاع بمحكمة رغم ملائمتها . ومنازعة المدين فى أصل المرتب لا تمنع من سريان هذا التقدم (١٩ نوفمبر سنة ١٩٥٥ المحاماة ٣٦ رقم ٤٤٨ ص ١٣٢٨ - وانظر حكماً آخر من نفس المحكمة فى ٣٦ نوفمبر سنة ١٩٥٥ المحاماة ٣٧ رقم ٧٠ ص ٦٨) . وقضت محكمة الإسكندرية بأن القول بوجوب أن تكون المبالغ التى يسرى عليها التقدم الخمسى معينة المقدار عند التماقد قول لا سند له من القانون ، لأن الخطر من تراكم الديون غير معينة المقدار لا يقل عن خطر تجدد الديون المعلوم مقدارها (٤ ديسمبر سنة ١٩٣٩ المجموعة الرسمية ٤١ رقم ١٠٦) .

القانون حداً لتراكم هذه الديون ، خمس سنوات ميلادية لا تزيد ، فلا يستطيع الدائن أن يطالب المدين بما تأخر منها لأكثر من خمس سنوات ، لأن ما مضى على استحقاقه منها أكثر من خمس سنوات يكون قد انقضى بالتقادم . ومن ثم لا يجبر المدين على دفع هذه الديون المتجددة الدورية إلا لمدة خمس سنوات فقط سابقة على يوم المطالبة (١) ، فلا يكون في هذا من الإرهاق ما يصل به إلى حد الإعنتات .

هذا من جهة . ومن جهة أخرى - ولكن هذا اعتبار ثانوى بجانب الاعتبار الرئيسى الذى قلناه - فإن الدائن بهذه الحقوق الدورية المتجددة يعتبر عادة هذه الحقوق إيراداً ينفق منه في شؤون حياته اليومية ، فلا يسكت عن المطالبة بها أكثر من خمس سنوات . وبغلب ، في الحقوق التى مضى على استحقاقها أكثر من خمس سنوات ، أن يكون الدائن قد استوفأها . ولا يستطيع المدين عادة أن يحتفظ بمخالفات دورية لإثبات هذا الوفاء لمدة تزيد على خمس سنوات ، فيتمتع عليه بإثبات الوفاء عن مدة أبعد . فبأن القانون لإسفاف المدين ، ويقضى بتقادم الديون التى ترجع إلى أبعد من خمس سنوات ، ويقوم التقادم على قرينة الوفاء .

على أن هذا الاعتبار الثانى هو ، كما قلنا ، اعتبار ثانوى بجانب الاعتبار الرئيسى الأول ، وهو تجنيب المدين الإرهاق والعنت ، فلا يجبر على دفع هذه الحقوق الدورية المتجددة لمدة تزيد على خمس سنوات ، حتى لا يضطر للى دفعها من رأس ماله . فهذا الاعتبار الأول متحقق دائماً ، أما الاعتبار الثانى فقد يتحقق ولا يتحقق . فإذا لم يتحقق ، فإن الاعتبار الأول كافٍ وحده

(١) وقد لا يستطيع الدائن المطالبة بالمدين إلا لمدة أقل من خمس سنوات ، ويتحقق ذلك في الفرض الآتى : يحمل الدائن بإيراد مرتب على الحياة تقاضى الإيراد مدة خمس سنوات ، ثم يموت فينقضى الإيراد بالموت . ثم تطالب الورثة بما تراكم من الإيراد لموتهم ، وتأخر المطالبة إلى سنة مثلاً بعد موت صاحب الإيراد . في هذه الحالة لا تستطيع الورثة المطالبة بكل إرادات الخمس السنوات المتراكمة ، لأن إيراد السنة الأولى منها يكون قد تقادم بخمس سنوات بعد انقضاء سنة على موت صاحب الإيراد قبل المطالبة . ومن ثم لا يستطيع الورثة أن يطالبوا بأكثر من إرادات الأربع السنوات الأخيرة ، فهذه وحدها هى التى لم تقادم بخمس سنوات (يودى ونسيه ققرة ٢٩٩) .

لتأسيس التقادم الخمسى . ويترتب على ذلك أن هذه الديون تتقادم بخمس سنوات ، حتى لو أقر المدين أنه لم يوف بها (١) ، وتمسك مع ذلك بالتقادم تفادياً من إرهابه بوفاء ما تراكم منها لمدة أكثر من خمس سنوات . وقد ورد هذا الحكم صراحة في النص ، إذ جاء في صدر الفقرة الأولى من المادة ٣٧٥ ملقى : « يتقادم بخمس سنوات كل حق دورى متجدد ، ولو أقر به المدين » .

ويلاحظ أن إقرار المدين بعدم وفاء ما انتضى على ميعاد استحقاقه أكثر من خمس سنوات ، قد يفسر بأنه زول منه عن التمسك بالتقادم (٢) . ولما كان الزول عن التقادم بعد تمامه جائزاً ، فإن الإقرار بعدم الوفاء على هذا النحو يمنع من تقادم الدين ، ويجبر المدين في هذه الحالة على الوفاء بكل ما تراكم من الديون ، ولو رجع استحقاقه إلى عهد أبعد من خمس سنوات . أما إذا كان ما صدر من المدين هو مجرد تقرير للواقع ، فهو لا ينكر أنه لم يوف بما تراكم من هذه الديون ، ولكنه مع ذلك يتمسك بالتقادم ، فلا يعتبر إقراره على هذا النحو زولاً منه عن التقادم ، وله أن يتمسك به على النحو الذى قلناه (٣) .

٦٠٢ - الديون التى لم تستوف سطرى الدورية والتجرد تقادم

خمس عشرة سنة : والتقادم الخمسى لا يكون إلا في الديون الدورية المتجددة على النحو الذى قلناه . فإذا لم يستوف الدين هذين الشرطين معاً ، كان تقادمه بخمس عشرة سنة لا بخمس سنوات .

(١) قارن استئناف مختلط ٨ مايو سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٦٧ .

(٢) استئناف مختلط ٢٥ يونية سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٢٥٥ .

(٣) انظر ما جاء في تقرير لجنة مجلس الشيوخ في هذا الملحق ، وقد تقدم ذكره عند إيراد تاريخ نص المادة ٣٧٥ ملقى (انظر آنفاً فقرة ٩٩٩ في المباحث) . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية المشروع التمهيدى « ولا يقوم التقادم الخمسى على قرينة الوفاء ، كما هو الشأن فيما صده من غروب التقادم ، وإنما يرجع في أساسه إلى أن المدين يفترض فيه أداء الديون الدورية المتجددة من إرادته ، فلو أجبر على الوفاء بما تراكم من هذه الديون بعد انقضاء خمس سنوات من تاريخ استحقاقه ، لأفضى ذلك إلى تكليفه بما قد يجاوز السمة . وقد جعل للمدين ، تقريراً على هذا التوجيه ، أن يتمسك بالتقادم بانقضاء تلك المدة ولو بعد إقراره بوجوب الدين في نفسه » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٠٥) .

فهناك ديون قد استوفت شرط الدورية دون أن تستوفى شرط التجدد ، كما هي الحال في دين مقسط أقساطاً دورية . فهذا الدين دورى لأنه يدفع في مواعيد دورية ، ولكنه غير متجدد لأنه لا يتجدد بتجدد الزمن ، بل ينقضى بدفع آخر قسط منه . ومن ثم تكون مدة التقادم هنا خمس عشرة سنة لـ خمس سنوات (١) . كذلك لا يستوفى شرط التجدد وإن استوفى شرط الدورية نتاج المتأجر والمأجر ، فهذا نتاج دورى لكنه يستنزف الأصل - المنجم أو المحجر - فهو بطبيعته غير متجدد . ومن ثم إذا ترتب ديناً في ذمة شخص ، لم يتقادم هذا الدين إلا بخمس عشرة سنة ، ولا يتقادم بخمس سنوات .

وتفقد الديون الدورية المتجددة طبيعتها هذه إذا تحولت من ريع إلى رأس مال عن طريق قانونى . مثل ذلك أن يقرض شخص المدين ما يبنى به فوائده دينه أو أجرة مسكنه أو يبنى به ديوناً دورية متجددة أخرى ، فإن دين القرض هذا - وإن كان سببه هذه الديون الدورية المتجددة - قد أصبح رأس مال مصدره عقد القرض ، فلا يتقادم بخمس سنوات وإنما يتقادم بخمس عشرة سنة . كذلك إذا دفع المستأجر الأجرة للمؤجر ، وتبين بعد ذلك أنه دفع مبالغ غير مستحقة من هذه الأجرة ، فانه يستردها . ويعتبر دين المؤجر الخاص برد هذه المبالغ غير المستحقة رأس مال لادنياً دورياً متجدداً (٢) ، فلا يتقادم بخمس سنوات ،

(١) استئناف مخطط ٨ يونيه سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٤٧٨ - وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « يرد التقادم الحسى على الالتزامات الدورية المتجددة . . . أما أقساط الديون المنتجة فيسقط كل منها بانقضاء خمس عشرة سنة من تاريخ استحقاقه ، لأنها ليست بالمتجددة وإن كانت دورية » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٠٥) .

(٢) استئناف مخطط ٢٥ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٩٨ - ١٨ فبراير سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ٩٦ - سواهج ١٨ تجزير سنة ١٩٣٨ الحاماة ٢٠ رقم ٤١٧ ص ١٠٢٦ - وإذا دفع المستأجر من المؤجر الأموال الأميرية ، فرجوعه عليه بها يتقادم تقادم الإبراء دون سبب بثلاث سنوات أو بخمس عشرة سنة ، لا تقادم الأموال الأميرية بثلاث سنوات (نقض مدنى ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٦٧ ص ١٩٠ ، وقارب استئناف مخطط ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ١٠٩) . ولكن إذا استبقى المستأجر من الأجرة المستحقة عليه مبلغاً معيناً ليدفعه في الأموال الأميرية المقررة على المين المؤجرة ، لم يخرج المبلغ المستبقى عن طبيعته ، وهي أنه دين أجرة سبب الالتزام به عقد الإجارة ، وتخصيصه ليدفع في الأموال الأميرية لا يعد تبديلاً -

ولما يتقدم تقادم رد غير المستحق بثلاث سنوات أو بخمس عشرة سنة (١)

٦٠٣ - الربيع المستحق في ذمة الحائز سبب النية والربيع الواجب

على ناطق الموقف أدائه للمستحقين : تنص المادة ٩٧٩ مدني على أن « يكون الحائز سبب النية مسئولاً من وقت أن يصبح سبب النية عن جميع الثمار التي يقبضها والتي قصر في قبضها ، غير أنه يجوز أن يسترد ما أنفقه في إنتاج هذه الثمار » .

ويخلص من هذا النص أن الحائز سبب النية ملتزم برد ثمرات الشيء الذي حازه من يوم أن أصبح سبب النية ، ويعتبر سبب النية حتماً من يوم رفع الدعوى على الأقل (٢) . فهذه الثمرات ، فيما بين الحائز والمالك ، لا تعتبر ديوناً دورية متجددة ، بل هي قد تحولت في ذمة الحائز من ريع إلى رأس مال واجب الأداء للمالك .

— للالتزام ، وإذن فدة السقوط المقررة له هي خمس سنوات (نقض مدني ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٣٩ مجموعة محرر ٣ رقم ١٠ ص ٢٢) . كذلك إذا تجدد دين الأجرة بانتهاء مدة الإيجار ، فإنه لا يفقد صفقه الدورية والتجدد . وقد قضت محكمة النقض بأن الدورية والتجدد هما صفتان لاحقتان بدين الأجرة ، وهما مفترقتان فيه سابق حافطاً لوضعه ، ولو تجدد بانتهاء مدة الإيجار وأصبح في الواقع مبلغاً ثابتاً في الذمة لا يدور ولا يتجدد (نقض مدني ١٩ مارس سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٠٢ ص ٦٧٣) .

(١) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٣٨ ص ٧٤٨ — ردوان في أنسيكلوبيدي دالوز ٤ لفظ prescription civile فقرة ٣١٧ — وانظر ما قدمناه من أن الحقوق التي تتقدم بمدد خاصة تفسر تفسيراً ضيقاً ، وما خرج عنها يرجع إلى أصل القاعدة فيتقدم بخمس عشرة سنة (أنفاً فقرة ٥٩٧) .

وإذا أدمجت الفوائد في رأس المال ، أصبحت هي أيضاً رأس مال ، وفقدت صفقه الدورية والتجدد ، فلا تتقدم إلا بخمس عشرة سنة . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الثابت من وقائع الدعوى أن الكيالة المطالب بقيمتها حررت عن أجرة سنة وفوائد متجددة صفيت ، واستبدل بها مبلغ واحد هو المبلغ الوارد بالكيالة ، فإن هذا المبلغ يكون قد زالت عنه صفة الدورية والتجدد ، فلا يسقط الحق فيه بخمس سنوات (نقض مدني ٢٧ مايو سنة ١٩٤٣ مجموعة محرر ٤ رقم ٦٦ ص ١٧٩) . وانظر أيضاً في هذا المعنى : استئناف مصر ١٢ يناير سنة ١٩٣٩ الحاماة ١٩ رقم ٣٣٩ ص ٨٣٠ — استئناف مخطوط ٣ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤٢٨ — ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٨٥ — ١٤ يناير سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ٦١ — أول أبريل سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١١٦ — ٢ يونيو سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١٧٧ — ٥ يونيو سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٩١ — ٤ أبريل سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٩٩ .

(٢) انظر المادة ٣/١٨٥ مدني .

ومن ثم تتقدم هذه الثمار بخمس عشرة سنة لاجل خمس سنوات ، فاذا طالب المالك بها الحائز قبل انقضاء خمس عشرة سنة ، ولو بعد انقضاء خمس سنوات ، لم يجوز للحائز أن يدفع هذه المطالبة بالتقدم (١) .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى في هذا الصدد : « ويراعى أن التزام الحائز بسبب النية برد الثمار لا يعتبر من قبيل الديون الدورية المتجددة ، ولذلك نص على أن هذا الالتزام لا يتقدم إلا بانقضاء خمس عشرة سنة ، ويسرى الحكم نفسه على الفوائد المتجمدة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٠٥) .

هذا وإذا كان الربيع مستحقاً في ذمة من تسلم غير المستحق لأنه سبب النية (انظر م ١٨٥ ملف) فإنه يلحق برأس المال الذى سلم دون حق ، ويتقدم هو ورأس المال بثلاث سنوات أو بخمس عشرة سنة وفقاً لأحكام التقدم المقررة في الالتزام برد غير المستحق (انظر م ١٨٧ ملف) . وقد كان القضاء ، في عهد التفتين الملفى السابق ، متسهماً في هذه المسألة . ولكن فكثرة الغالبة من الأحكام كانت تقضى بتقدم الربيع المستحق في ذمة الحائز بسبب النية بخمس عشرة سنة : نقض ملف ١٧ فبراير سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ٩٦ ص ٢٨٥ - استئناف وطنى ٢٧ مارس سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٢ رقم ٩٢ ص ١٨٧ - أول يناير سنة ١٩١٤ الحقوق ٣٠ ص ٣٢٤ - ١٦ يونيو سنة ١٩١٤ للشرائع ١ رقم ٤١٤ ص ٢٥٢ - ١٥ فبراير سنة ١٩١٥ للشرائع ٢ رقم ١٩٨ ص ١٨٣ - ١٥ يونيو سنة ١٩١٥ للشرائع ٢ رقم ٢٣٥ ص ٣٠٨ - ٢٦ يناير سنة ١٩١٦ للشرائع ٣ رقم ١١٣ ص ٣٧٠ - استئناف مصر ١١ ديسمبر سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ١٢٨ ص ٢٢٥ - ٢١ ديسمبر سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ١٤٢ ص ٢٣٩ - ٢٨ مارس ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٤٠٢ ص ٦٣٧ - ٧ ديسمبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٣٧٣ ص ٧٥٩ - ٤ أبريل سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٨٣ ص ١٩١ - استئناف مخطوط ٢٧ يناير سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ٨٠ - ٢٠ مايو سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣٥٧ - ٢١ نوفمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ٤٣ - ١٨ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٦٢ - ٢٧ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥١٧ - ١٧ مارس سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٩٩ - ٢٣ فبراير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٩٦ - ٥ يناير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٩٢ - ٢١ نوفمبر سنة ١٩٣٥ م ٤٨ ص ٣٣ - ١٦ يونيو سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٣٢٠ - ١٠ يناير سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٦٦ .

ومع ذلك فقد كانت هناك أحكام تقضى بتقدم الربيع للمستحق في ذمة الحائز بسبب النية بخمس سنوات : استئناف وطنى ١٩ مايو سنة ١٨٩٦ القضاء ٣ ص ٣٨٦ - ٦ يونيو سنة ١٨٩٩ الحقوق ١٤ ص ٤٦٣ - ١٩ يناير سنة ١٩٠٤ الاستقلال ٣ ص ٢٧ - ٢٢ ديسمبر سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية ١٢ رقم ٥٠ ص ٩٣ - ١٢ فبراير سنة ١٩٢٣ المحاماة ٣ رقم ٢٠٤ ص ٢٧٣ - ١٣ نوفمبر سنة ١٩٢٣ المحاماة ٤ رقم ٢٧٤ ص ٢٣٤ - ٦ مايو سنة ١٩٢٥ المحاماة ٥ رقم ٦١٤ ص ٧٤٤ - استئناف مخطوط ١٧ نوفمبر سنة ١٨٩٢ م ٥ ص ١٢ . انظر في هذه المسألة الموجز المؤلف لفترة ٦٠٧ ص ٦٣٢ حاشى رقم ١ .

كذلك الربيع الواجب على ناظر الوقف أداؤه للمستحقين ، وهو مقدار استحقاقهم في الوقف ، لا يعتبر ديناً دورياً متجدداً ، فلا يتقدم إلا بخمس عشرة سنة . وقد تردد القضاء في هذه المسألة في عهد التقنين المدني السابق (١) ، ثم قضت محكمة استئناف مصر في دوائرها المجتمعة بأن غلة الوقف تظل ملكاً للمستحق ولا يتقدم حقه ، فإذا اختلطت بمال الناظر واستهلكها الناظر بتعديبه أو بتقصيره أصبحت رأس مال واجباً في ذمته للمستحق ، ومن ثم تتقدم بخمس عشرة سنة لاجتماع سنوات (٢).

وقد أراد التقنين المدني الجديد بالنص صراحة في الفقرة الثانية من المادة ٣٧٥ مدني على تقدم الربيع المستحق في ذمة الحائز سببه التبة والربيع الواجب على ناظر الوقف أداؤه للمستحقين بخمس عشرة سنة لاجتماع سنوات على ما رأينا (٣) ، أن يحسم

(١) قضت محكمة الاستئناف الوطنية في بعض أحكامها بأن نص المادة ٢١١ مدني (قديم) يقضي بصفة عامة بسقوط الحق في المطالبة بكل ما هو مستحق دفعه سنوياً بمضى خمس سنوات هلالية ، ولم يفرق بين الوقف وغير الوقف ، فإذا حكم لمستحق في الوقف باستحقاقه لحصة من الربيع ، فلا يكون له حق الرجوع على الناظر إلا بربيع السنوات الخمس السابقة لرفع الدعوى فقط (١٦ مايو سنة ١٩٠٥ المجموعة الرسمية ٦ رقم ١١٢ ص ٢٤٤ - ٢٧ أبريل سنة ١٩٢٢ المجموعة ٢ رقم ١٦٦ ص ٤٩٤ - ٢٧ مارس سنة ١٩٢٧ المجموعة ٨ رقم ٢٣٠ ص ٣٠٤) . وقضت في أحكام أخرى بأن ناظر الوقف هو وكيل المستحقين ، فإن قبض غلة الوقف أصبحت أمانة تحت يده لحسابهم ، وعلى ذلك فلا يسقط حقهم في المطالبة بها إلا بعد مضي خمس عشرة سنة (١٦ أبريل سنة ١٨٩٧ الحقوق ١٣ ص ٢٢٩ - ٢٤ فبراير سنة ١٩٠٧ المجموعة الرسمية ٨ رقم ٨٩ ص ١٩٢ - ٢٧ يناير سنة ١٩٠٨ المجموعة الرسمية ٩ رقم ١١٢ ص ٢٦٣ - ٤ ديسمبر سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣٢ رقم ٩٥ ص ٢١١) .

انظر في هذه المسألة الموجز المؤلف بقرة ٦٠٧ ص ٦٢٢ - ص ٦٢٣ - الأستاذ أحمد حشمت أبو سبتة بقرة ٨٣٩ .

(٢) استئناف مصر (دوائر مجتمعة) ٣ مايو سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣١ ص ٢٧٤ - المجموعة ١١ ص ٣٩ .

(٣) وقد ورد في المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في هذا الصدد : « أما ما يثبت المستحق في الوقف من ديون في ذمة الناظر ، فقد حسم المشروع ما أنثر من الخلاف في القضاء بشأن تقدمه ، واختار ما قضت به محكمة الاستئناف الأهلية بدوائرها المجتمعة - ٣ مايو سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣١ ص ٢٧٤ رقم ١٠٦ - وقد بنت هذه المحكمة قضاها على أن غلة الوقف تظل ملكاً للمستحق ، ولا يتقدم حقه فيها ما بقيت مفرزة في يد الناظر غير مختلطة بماله ، لأن هذه اليد أمانة لا تملك . ولكن إذا كان الناظر قد استهلك هذه الغلة بصدقه -

في هاتين المسألتين خلافاً قد تشب في عهد التقنين المدني السابق وتمثل في أحكام متضاربة أصدرها القضاء في ذلك العهد (١).

٦٠٤ - (٢) حقوق الأطباء والصيادلة والمحامين والمهندسين والخبراء ووكلاء التغليفية والسماحة والاساتذة والمعلمين - النص في القانونية :
تنص المادة ٣٧٦ من التقنين المدني على ما يأتي :

« تتقدم بخمس سنوات حقوق الأطباء والصيادلة والمحامين والمهنيين والخبراء ووكلاء التغليفية والسماحة والاساتذة والمعلمين ، على أن تكون هذه الحقوق واجبة لم جزء مما أدوه من عمل من أعمال مهنتهم وما تكبلوه من مصروفات (٢) .

— أو بتقصيره ، أصبح مستولاً من قبله قبل المستحق ، وكان لهذا أن يطالبه بحقه باعتباره ديناً لا يتقدم إلا بانتقضاء خمس عشرة سنة . وقد تقدم أن المشروع أجاز تقدم الديون المترتبة على الفعل غير المشروع بانتقضاء ثلاث سنوات في بعض الصور ، وبانتقضاء خمس عشرة سنة في صور أخرى . بيد أنه رأى استبعاد التقدم الثلاث في هذه الحالة ، حتى لا يتقدم دين المستحق في الوقت بمدة أقل من مدة تقدم الديون الدورية المتجددة (مجموعة الأعمال التوضيحية ٣ ص ٣٠٥ - ٣٠٦) .

(١) انظر ما جاء في تقرير لجنة الشيوخ ، وقد سبق ذكره عند إيراد تاريخ نص المادة ٣٧٥ (انظر آنفاً فقرة ٩٩٩ في الملمس) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٥٠/١ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتي :
« ١ - تتقدم بـسنة واحدة الحقوق الآتية : (١) حقوق الأطباء والصيادلة والمحامين والمهنيين والخبراء ووكلاء التغليفية والسماحة والاساتذة والمعلمين ، وبوجه عام حق كل من يزاول مهنة حرة ، على أن تكون هذه الحقوق واجبة لم جزء مما أدوه من عمل وما تكبلوه من مصروفات » .
وفي لجنة المراجعة أفرد هذا النص بمادة مستقلة هي المادة ٣٨٩ من المشروع النهائي ، ورفضت مدة التقدم إلى خمس سنوات بدلاً من سنة واحدة . ووافق عليها مجلس النواب . وفي لجنة الشيوخ خلقت عبارة « وبوجه عام حق كل من يزاول مهنة حرة » ، وجاء في تقرير اللجنة في خصوص هذا الخلاف ما يأتي : خلقت من هذه المادة عبارة « وبوجه عام حق كل من يزاول مهنة حرة » ، وهذا أصبح النص قاصراً على من ذكروا فيه . وقد رأت اللجنة أن في العبارة المحذوفة توسعاً يحمل الحكم غير منطبق ، ويحسن في مد التقدم الخاصة أن تبين الحقوق التي تتقدم بانتقضاء هذه المدد تمهيناً تالياً للشبهة . وأضافت اللجنة بعد كلمة « عمل » عبارة « من أعمال مهنتهم » ، زيادة في البيان المقصود . وأصبحت المادة رقها ٣٧٦ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما طلبتها لجنة (مجموعة الأعمال التوضيحية ٣ ص ٣١٠ - ص ٣١٣) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ٢٧٣/٢٠٩ (١).

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٣٧٣ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٦٣ - وفي التقنين المدني العراقي المادة ٤٣١ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المواد ٣٥١ - ٣٥٢ (٢).

(١) التقنين المدني السابق م ٢٧٣/٢٠٩ : المبالغ المستحقة للأطباء وللأفوكاتية وللمهنتيين أجرة معلومة ، والباقة أثمان المبيعات لغير التجار مطلقاً ولم فيما عدا ما يتعلق بتجارهم ، ولقوذي الأطفال والمعلمين على تلاميذهم ، والخمسة مائة لهم ، زول بمضى ثلثائة وستين يوماً ، ولو استحققت ديون جديدة من قبيل ما ذكر في ظرف الثلثائة والستين يوماً المذكورة . (وهذه الأحكام تختلف عن أحكام التقنين الجديد فيما يأتي : (١) اقتصر التقنين السابق على ذكر الأطباء والمحامين والمهنتيين وقوذي الأطفال والمعلمين من أصحاب المهن الحرة . أما التقنين الجديد فقد زاد على هؤلاء الصيادلة والخبراء ووكلاء التفليسة والساسة والأسانلة . (٢) جعل التقنين السابق مدة التقادم ثلثائة وستين يوماً . أما التقنين الجديد فجعلها خمس سنوات . وسرى كيف يسرى بالنسبة إلى الزمان أحكام التقنين الجديد فيما خالف أحكام التقنين السابق عند شرح منس) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٣٧٣ (مطابقة للمادة ٣٧٦ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٣٦٣ (مطابقة للمادة ٣٧٦ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٤٣١ : ١ - لا تسع الدعوى على المنكر بعد تركها من غير طلع شرعي سنة واحدة في الحقوق الآتية : (١) حقوق الأطباء والصيادلة والمحامين والأسانلة والمعلمين والمهنتيين والخبراء ووكلاء التفليسة والساسة ، وبوجه عام كل من يزاول مهنة حرة ، على أن تكون هذه الحقوق واجبة لم جزاء مما أدوه من عمل وما تكبدوه من مصروفات .

٢ - ولا تسع الدعوى في هذه الحقوق حتى لو بق الدائنون مستمرين فيما يقومون به من خدمات أو أعمال أو أشغال أو توريدات .

٣ - ويجب على من يتسكع بعدم سماح الدعوى . رور سنة واحدة أن يحلف يمناً توجهها المحكمة من تلقاء نفسها على أن خدمته غير مشغولة بالدين . وتوجه اليمين إلى ورثة المدينين أو أوليائهم ، إن كانوا معجورين ، بأنهم لا يطمون بوجود الدين .

٤ - لكن إذا سرر سنة بحق من هذه الحقوق ، فلا يتقدم الحق إلا بانقضاء خمس عشرة سنة . (وأحكام التقنين العراقي تتفق مع أحكام التقنين المصري ، إلا فيما يأتي : (١) عدم جواز سماح الدعوى في التقنين العراقي بدلاً من سقوط الحق . (٢) مدة التقادم في التقنين العراقي سنة واحدة كما كان الأمر في المشروع التمهيدي للتقنين المصري ، وذلك بدلاً من خمس سنوات في التقنين المصري (٣) سم التقنين العراقي النص فجعله يشمل كل من يزاول مهنة حرة ، كما كان الأمر في المشروع -

٦٠٥ - الدبوة المستحقة لطائفة من أصحاب المهن الحرة تتقدم

خمسة سنوات : وزى بما تقدم أن هناك طائفة من أصحاب المهن الحرة - هم البارزون في أصحاب هذه المهن - رأى المشرع أن تتقدم الحقوق المستحقة لهم بسبب مهنتهم بمدة أقصر من خمس عشرة سنة ، فجعل مدة التقدم فيها

= التمهيد للتقنين المصرى . (٤) لوجب التقنين العراقى على المدعى أن يحلف يمينا على أن ذمة غير مشغولة بالدين ، كما كان الأمر في المشروع التمهيدى للتقنين المصرى . أما أن التقدم يسرى حتى لو بقى الدائن مستمرا فيها يقوم به ، وأما أن تحرر سند بالدين يجعل مدة التقدم خمس عشرة سنة ، فالحكم فيها واحد في التقنينين العراقى والمصرى : انظر في التقنين المصرى المادة ٣٧٩ وسيأتى ذكرها - وانظر الأستاذ حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدنى العراقى فقرة ٣٨٦ - ومقالا في التقدم المسقط في القانون المدنى العراقى للأستاذ غياث شيت خطاب في مجلة القضاء ببغداد السنة الخامسة عشرة ص ٥٣ - ص ٥٥ .

تقنين الموجبات والعقود البنائى م ٣٥١ : يسقط بحكم مرور الزمن بعد سنتين : ...

(٢) حق دعوى المعلمين والأساتذة وأرباب معاهد التعليم الداخلية العامة والخاصة فيما يتعلق بالمرتبات المستحقة لهم من قبل تلاميذهم وبالأولاد التى قدمت هؤلاء التلاميذ . وتبتدىء مدة مرور الزمن منذ حلول الأجل المعين لاستحقاق المرتبات ...

م ٣٥٢ : يسقط أيضاً بمرور الزمن بعد سنتين : (١) حق دعوى الأطباء والجراحين والمولدين وأطباء الأسنان والأطباء البيطريين من أجل عياداتهم وللمعاملات التى أجروها والقرارات والمسلفات التى قدموها ، وتبتدىء مدة مرور الزمن من تاريخ العيادة أو العملية الأخيرة . (٢) حق دعوى الصيدليين من أجل الأدوية التى قدموها ، وتبتدىء مدة مرور الزمن من تاريخ تقديمها . (٣) حق دعوى المحامين ووكلاء الدعاوى من أجل أجورهم وسلفاتهم . وتبتدىء المدة المشار إليها منذ صدور الحكم النهائى أو من تاريخ عزلهم عن الوكالة . (٤) حق دعوى مهنتى البناء والمساحة وسائر المهنتين والخبراء من أجل الخطط التى يرسمونها أو الأعمال التى يجرىونها أو المسلفات التى يقدمونها ، وتبتدىء المدة من تاريخ تسليم الخطط أو إتمام الأعمال أو أداء المسلفات . (٥) حق دعوى الوسطاء فيما يختص بأداء بدل السمسرة ، وتبتدىء المدة من تاريخ ا حقاد الاتفاق .

م ٣٥٣ : فى الأحوال للمعينة فى المادتين ٣٥٢ و ٣٥١ يجرى حكم مرور الزمن ولو تواصل تقديم القوازم أو التسليم أو الخدمة أو الصل .

(وأحكام التقنين البنائى تنفق مع أحكام التقنين المصرى ، إلا فيما يأتى : (١) التقدم فى التقنين البنائى ستان بدلا من خمس سنوات فى التقنين المصرى . (٢) لم يذكر فى التقنين البنائى ، كما ذكر فى التقنين المصرى : وكلاء التفليسة . (٣) أفاض التقنين البنائى فى بعض التفصيلات التى أخفلها التقنين المصرى مقتصرأ فيها على تطبيق القواعد العامة) .

خمس سنوات فقط ، وذلك لسببين : (أولاً) أن العادة قد جرت بأن هؤلاء الدائنين يتقاضون حقوقهم عقب انتهاء خدماتهم ، ولا يسكتون طويلاً عن المطالبة بأجورهم لأنها مصدر معاشهم . فإذا مضى على استحقاقهم هذه الحقوق خمس سنوات ولم يطالبوا بها ، فالغالب أن ذلك يرجع إلى أنهم استوفوا هذه الحقوق ، وقل أن يحفظ المدينون بمخالصات عن ديون مضى على استحقاقها أكثر من خمس سنوات . (ثانياً) وحتى لو ثبت أن هؤلاء الدائنين لم يستوفوا حقوقهم التي مضى على استحقاقها أكثر من خمس سنوات ، فن الإرهاق للمدينين أن يجبروا على دفع ديون مضت عليها هذه المدة وأهمل أصحابها في المطالبة بها . ويترتب على ذلك أنه يمكن أن يتمسك المدين بالتقادم حتى ينقضى الدين ، ولا يصح أن توجه إليه عيب أن ضمه لم تعد مشغولة بالدين كما يصح ذلك في الديون التي تقادم بسنة واحدة على ما سنرى .

وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدني الجديد يشتمل على عبارة عامة تتناول جميع من يزاول المهنة الحرة ، ولكن هذه العبارة حذفت في لجنة مجلس الشيوخ ، لأن فيها « توسعاً يجعل الحكم غير منضبط ، ويحسن في مدد التقادم الخاصة أن تعين الحقوق التي تقادم بانقضاء هذه المدة تميئناً نافياً للشبهة (١) » . ومز ثم أصبح النص مقصوراً على من يأتي من بين أصحاب المهنة الحرة (٢) .

١ - **الأطباء** : ويشمل هذا اللفظ كل طبيب ، سواء كان متخصصاً أو غير متخصص ، ويدخل الجراحون والمولدون وأطباء الأسنان والبياطرة (٣) . ولكن لا يدخل من ليس بطبيب وإن كان يباشر العلاج أو يساعد فيه ،

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢١٢ — وانظر تاريخ نص المادة ٣٧٦ مدني آنفاً
فقرة ٦٠٤ في المالحش .

(٢) أما غيرهم فيرجع فيه إلى الأصل وتكون مدة التقادم خمس عشرة سنة . ومن ثم فحق المؤلف قبل الناصر لا يتقادم إلا بخمس عشرة سنة (الأستاذ إسماعيل خانم في أحكام الالتزام لفقرة ٣٠٥ ص ٢٨٢) . وحق المحاسب في ألقاب عمله ، وحق صاحب الجريدة في ثمن الإعلان في جريدته ، وحق المصور والفنان بوجه عام في الأجر على عمل معين من أعمال الفن ، كل هذه حقوق تقادم بخمس عشرة سنة .

(٣) انظر المادة ٣٥٢ من تقنين الموجبات والنفود اللبناني (آنفاً فقرة ٦٠٤ في المالحش) .

فلا يدخل الأطباء النفسانيون ولا الممرضون (التمرجية) ولا المولدرات غير الطبييات ولا المدربون على الألعاب الرياضية لأغراض صحية . والديون المستحقة للأطباء التي تتقدم بخمس سنوات هي الأجور التي يستحقونها على علاج مرضاهم ، وما عسى أن يكونوا قد تكبدوه من مصروفات أثناء العلاج كمصروفات الانتقال والتحليلات وإقامة المريض ليكون تحت ملاحظة الطبيب . وإذا اقتضى العلاج في المرض الواحد زيارات عدة ، يحسب الأجر عن مجموع هذه الزيارات كأنه دين واحد ، ولا يبدأ سريان التقادم إلا عند انتهاء آخر زيارة ، حتى لو طال المرض (١) ، وهذا ما لم يكن العلاج على فترات منفصلة فيحسب أجر عن زيارات كل فترة من هذه الفترات (٢) . فإذا استحق دين لطبيب على هذا النحو ، ولم يطالب به مدة تزيد على خمس سنوات ، فإن الدين ينتقض بالتقادم ، حتى لو كان الطبيب مستمراً في علاج نفس المريض ولكن في مرض آخر غير المرض الذي استحق من أجله الدين المتقادم (انظر م ١/٣٧٩ مدني وسيأتي ذكرها) . وإذا حرر المدين للطبيب سنداً مكتوباً بالدين ، انقطعت مدة التقادم بهذا السند المكتوب (٣) ، وبدأت مدة تقادم جديدة مقدارها

(١) وقد قضت محكمة أسيوط بأن مبدأ التقادم لا يسرى بالنسبة إلى أتعاب الطبيب ، حتى في حالة الأمراض المزمنة ، إلا من تاريخ شفاء المريض أو وفاته أو انقطاع علاجه لسبب آخر (٣١ يناير سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٤ رقم ٣٢٥ ص ٦٣٤) .

(٢) بلانول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٥٦ ص ٧٧٠ - ص ٧٧١ — وإذا حالج الطبيب مريضين في أسرة واحدة وفي وقت واحد ، ترتب له دينان مستقلان أحدهما عن الآخر ، قد يختلف مبدأ سريان التقادم في كل منهما ، وقد يتقدم أحدهما دون الآخر . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيد في هذا الصدد : « فإذا قام طبيب بعلاج مريضين في أسرة واحدة على التوالي ، ترتب له دينان قائمان بذاتهما . ولكن تكرار الميادة لأحد المريضين يعتبر كلا لا يتجزأ ، ولا يصبح الدين الواجب بسببه مستحق الأداء إلا بعد انتهاء هذه الميادة » (مجموعة الأعمال التشريعية ٣ ص ٣١٨ — ص ٣١٩) .

(٣) وإذا حرر المدين السند بعد انتهاء مدة التقادم ، أمكن تفسير ذلك على أنه لزول منه من مدة التقادم بعد أن تمت ، وبدأت مدة تقادم جديدة مقدارها خمس عشرة سنة . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن كتابة المدين للسند يقطع التقادم إذا كان لا يزال سارياً ، ويعتبر أنه تنازل منه إذا كان قد تم ، وفي الحالتين تكون المدة الجديدة التي تسرى هي خمس عشرة سنة (١١ يناير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٨٤) .

خمس عشرة سنة من وقت استحقاق الدين المدون في السند (انظر ٢/٣٧٩ وسياقي ذكرها) .

٢ - **المصارف** : وأغلب ما تكون حقوقهم التي تتقادم بخمس سنوات هي أثمان الأدوية والعقاقير التي يبيعونها لعملائهم ، وكل صفقة تعتبر قائمة بذاتها ، والدين الناشئ عنها يكون مستحق الأداء ويسرى عليه التقادم الخمسي منذ تمام الصفقة ، حتى لو استمر الصيدلي بعد ذلك يقدم أدوية أخرى (م ١/٣٧٩ مدني) . وقد يقوم الصيدلي بخدمات ويتكبد مصروفات ، فهذه وتلك تعتبر ديوناً يسرى عليها التقادم الخمسي منذ استحقاقها . فإذا لم يطالب الصيدلي العميل بما يستحقه من دين في ذمته على النحو المتقدم الذكر ، وانقضى على استحقاق الدين أكثر من خمس سنوات ، فإنه ينقضى بالتقادم . وإذا حرر العميل للصيدلي سنداً بالدين ، فإن التقادم ينقطع ، ويحل محله تقادم جديد مدته خمس عشرة سنة (م ٢/٣٧٩ مدني) .

٣ - **المحامرون** : وهؤلاء يستحقون أتعابهم عند موكلهم ، سواء ما اتفق عليه بينهم أو ما قدر بمعرفة المحكمة (١) ، فتقادم هذه الأتعاب بخمس سنوات من وقت استحقاقها . وتستحق الأتعاب بالنسبة إلى المعجل منها من وقت الاتفاق ، وبالنسبة إلى المؤجل من وقت صدور الحكم ، أو من وقت انقضاء الوكالة ولو بعزل الوكيل (٢) . وقد يستحق للمحامي في ذمة موكله مصروفات ورسوم قضائية

(١) أما ما تقدمه المحكمة كأتعاب محاماة الخصم الذي كسب الدعوى ، وهو تعويض له من المصروفات التي تكبدتها في تعيين محام عنه ، فلا تسقط إلا بخمس عشرة سنة (مدنيور ٧ أكتوبر سنة ١٩٢٥ المجموعة الرسمية ٢٧ ص ٣٦ - الموجز للمؤلف فقرة ٦٠٩ ص ٦٣٨ هامش رقم ٢) .

(٢) انظر المادة ٣٥٢ من قانون المرافعات والمقود البتاني (آنفاً فقرة ٦٠٤ في الهامش) - وقد قضت محكمة الإكسندرية الوطنية بأن سريان التقادم لا يبدأ إلا من وقت انقضاء التوكيل ، وقالت في أسباب حكمها أن المحامي وكيل ، والتقادم في الوكالة لا يبدأ إلا من تاريخ انقضاء التوكيل ، فإذا وكل محام لمباشرة نزاع معين وجب اختيار كل ما يتعلق بهذا النزاع من إجراءات وما يرتبط به من قضايا متعددة كلاً لا يقلل التجزئة ، وحساب مدة التقادم ابتداء من انقضاء -

يدفعها عنه ويرجع عليه بها ، فهذه أيضاً ديون تتقادم بخمس سنوات من وقت انقضاء التوكيل . فإذا لم يطالب المحامي موكله بهذه الديون ، وانقضى على استحقاقها خمس سنوات ، فإنها تسقط بالتقادم ، حتى لو استمر المحامي يباشر قضايا أخرى لموكله غير القضية التي نشأ بسببها الديون المتقادمة (١/٣٧٩ مدني) . أما إذا حرر الموكل للمحامي سنداً بهذه الديون ، فإن التقادم ينقطع ، ويبدأ تقادم جديد مدته خمس عشرة سنة (م ٢/٣٧٩ مدني) .

٤ - المهتمسونه : ويستحقون أجورهم عند علاجهم من أجل التصميمات التي يقومون بها ومن أجل الإشراف على تنفيذ التصميمات ، وقد يتكبدون مصروفات ويدفعون لحساب العميل مبالغ لتنفيذ الأعمال المعهود بها إليهم . فكل هذه ديون في ذمة العميل تتقادم بخمس سنوات من وقت استحقاقها ، حتى لو بقي المهندس قائماً بأعمال أخرى للعميل (م ١/٣٧٩ مدني) . فإذا حرر العميل للمهندس سنداً بالدين ، انقطع التقادم ، وبدأ تقادم جديد مدته خمس عشرة سنة (م ٢/٣٧٩ مدني) .

٥ - الخبراء ووكلاء التخليصة والسماسرة : والخبير يستحق عند العميل أتعاب خبرته ، وقد يتكبد مصروفات لحساب العميل أثناء القيام بأعمال الخبرة . ووكيل التخليصة (السنديك) يستحق أتعابه من مال التخليصة ، وقد يتكبد هو أيضاً مصروفات لحسابها . والسماسر يستحق عند العميل السمسرة المتفق عليها أو المقتضى بها ، وقد يتكبد مصروفات لحساب العميل . فكل هذه ديون تتقادم بخمس سنوات من وقت استحقاقها (٢) ، ولو بقي الخبير أو وكيل التخليصة أو

= التوكيل بالنسبة إلى هذا النزاع المعين ، أي بإتمام الصل أو العزل أو الاستقالة أو الوفاة (١٨ يونيو سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ ص ٩٥ - وانظر الموجز المولف بقرة ٦٠٩ ص ٦٣٨ مامش رقم ٢) .

وقد قضت المادة ٥٠ من قانون المحاماة رقم ٩٨ لسنة ١٩٤٤ بأن حق المحامي في مطالبة موكله ، عند عدم وجود سند بالأتعاب ، يتقادم بمضي خمس سنوات ميلادية . (٣) وكان التقنين المدق القديم لا يذكر الخبراء ولا وكلاء التخليصة ولا السماسرة ، فكانت أنماهم لا تسقط إلا بخمس عشرة سنة (الأزهكية ١٩ نوفمبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ١٦١ ص ٢٤٥) .

السمسار يقوم بأعمال أخرى غير التي استحق من أجلها الأجر المتقادم (م ١/٣٧٩ مدني) . فاذا حرر المدين سنداً بالدين ، انقطع التقادم ، وبدأ تقادم جديد مدته خمس عشرة سنة (م ٢/٣٧٩ مدني) .

٦ - الأساتذة والعلموه : وهؤلاء قد يستحقون أجراً على التدريس للطلبة أو للتلاميذ ، كالأجور الدراسية في المدارس الحرة وأجور الدروس الخاصة . ويدخل أيضاً ضمن الديون التي يستحقونها ثمن الأدوات والكتب التي يعطونها للطلبة أو للتلاميذ ، و ثمن الأغذية التي تقدم لهؤلاء ، وما إلى ذلك . فهذه كلها ديون تتقادم بخمس سنوات من وقت استحقاقها ، ولو بقي الأستاذ أو المعلم مستمراً في القيام بخدمات أخرى غير التي استحق من أجلها الأجر المتقادم (م ١/٣٧٩ مدني) . فاذا ما حرر المدين سنداً بالدين ، انقطع التقادم ، وبدأ تقادم جديد مدته خمس عشرة سنة (م ٢/٣٧٩ مدني) .

٦٠٦ - سريانه التقنين المدني المبرم : ويلاحظ أن التقنين المدني الجديد قد استحدث تعديلات في التقنين المدني السابق في خصوص هذه المسائل تتلخص فيما يأتي :

١ - زاد التقنين المدني الجديد في أصحاب المهن الحرة الصيادلة والخبراء ووكلاء التخليصة والسامسة والأساتذة فهؤلاء كانت ديونهم ، في عهد التقنين المدني السابق ، تتقادم بخمس عشرة سنة ، فأصبحت الآن تتقادم بخمس سنوات ، أي بمدة أقصر . وتنص المادة ٨ من التقنين المدني الجديد على أنه ١ - إذا قرر النص الجديد مدة للتقادم أقصر مما قرره النص القديم ، سرت المدة الجديدة من وقت العمل بالنص الجديد ، ولو كانت المدة القديمة قد بدأت قبل ذلك . ٢ - أما إذا كان الباقي من المدة التي نص عليها القانون القديم أقصر من المدة التي قررها النص الجديد ، فإن التقادم يتم بانقضاء هذا الباقي . ويخلص من ذلك أن ديون الصيادلة والخبراء ووكلاء التخليصة والسامسة والأساتذة إذا كانت قد تقدمت في عهد التقنين المدني السابق بانقضاء خمس عشرة سنة ، فقد انقضت . أما إذا كان التقادم قد بدأ يسرى في حقها ولم يتم قبل العمل بالتقنين المدني الجديد ، فاذا كان الباقي من الخمس عشرة سنة

خمس سنوات أو أكثر ، سرى التقادم الخمسى من وقت العمل بالتقنين الجديد . أما إن كان الباقي من مدة التقادم القديم أقل من خمس سنوات ، فإن هذا الباقي هو الذى تتقادم به هذه الديون .

٢ - جعل التقنين المدنى الجديد ، فيما يتعلق بديون الأطباء والمحامين والمهنيين والعلميين ، مدة التقادم خمس سنوات ، بعد أن كانت فى التقنين المدنى السابق ثلثائة وستين يوماً توجه بعد انقضائها اليمين إلى المدين . فدة التقادم هنا أطول مما كانت ، ولم يعد القانون يسمح بتوجيه اليمين إلى المدين . فاذا كان دين من هذه الديون قد انقضت بالنسبة إليه مدة التقادم القديمة - ثلثائة وستون يوماً - قبل نفاذ التقنين المدنى الجديد ، فقد انقضى الدين بالتقادم ، ولم يبق إلا توجيه اليمين للمدين عملاً بأحكام التقنين المدنى السابق . أما إذا كانت هذه المدة القديمة لم تنقضى قبل نفاذ التقنين المدنى الجديد ، فبنفاذ هذا التقنين تطول مدة التقادم إلى خمس سنوات تبدأ من وقت أن سرت فى عهد التقنين المدنى السابق . فاذا كان قد مضى على استحقاق الدين نصف سنة مثلاً وقت نفاذ التقنين المدنى الجديد ، فإن مدة التقادم تطول أربع سنوات ونصفاً أخرى غير نصف السنة التى انقضت . ومتى يتم التقادم على هذا النحو ينقضى الدين ، ولا يجوز عندئذ توجيه اليمين للمدين وفقاً لأحكام التقنين المدنى الجديد .

٦٠٧ - (٣) حقوق التجار والصناع والعمال والمهنيين والادباء -

لنصوص القانونية : وقد قلنا هذه الحقوق على ما قبلها من الحقوق المذكورة فى المادة ٣٧٧ مدنى (الضرائب والرسوم المستحقة للدولة) حتى تعقب حقوق أصحاب المهن الحرة ، فقد كانت هذه الحقوق جميعاً تتقادم بمدة سنة واحدة فى المشروع التمهيدى ، وفصل ما بينها التقنين المدنى الجديد فى صورته الأخيرة . وبقيت أحكام مشتركة ما بين هذين النوعين من الحقوق هى المذكورة فى المادة ٣٧٩ مدنى ، فنورد هنا نص المادتين ٢٧٨ و ٣٧٩ :

تنص المادة ٣٧٨ من التقنين المدنى على ما يأتى :

١ - تتقادم بسنة واحدة الحقوق الآتية :

د (١) حقوق التجار والصناع عن أشياء وردوها لأشخاص لا يتجرون

في هذه الأشياء ، وحقوق أصحاب الفنادق والمطاعم عن أجر الإقامة وثمان الطعام وكل ما صرفوه لحساب عملائهم .

« (ب) حقوق العمال والخدم والأجراء من أجور يومية وغير يومية ، ومن ثمن ما قاموا به من توريدات .

٢ - ويجب على من يتمسك بأن الحق قد تقادم بسنة أن يحلف اليمين على أنه أدى الدين فعلاً ، وهذه اليمين يوجهها القاضى من تلقاء نفسه ، وتوجه إلى ورثة المدين ، أو أوصيائهم إن كانوا قصرأ ، بأنهم لا يعلمون بوجود الدين أو يعلمون بحصول الوفاء .

وتنص المادة ٣٧٩ على ما يأتى :

١ - يبدأ سريان التقادم ، فى الحقوق المذكورة فى المادتين ٣٧٦ و٣٧٨ ، من الوقت الذى يتم فيه الدائنون تقديماتهم ، ولو استمروا يؤدون تقديمات أخرى .

٢ - وإذا حرر سند بحق من هذه الحقوق ، فلا يتقادم الحق الا بانقضاء خمس عشرة سنة (١) .

(١) تاريخ النصوص :

م ٣٧٨ : ورد هذا النص فى المادة ١٥١٥/١ والمادة ٥١٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، مع اشتغال النص على مادتين منفصلتين إحداهما من الأخرى ، ومع خلاف فى نص الفقرة الثانية من المادة ٥١٦ من المشروع التمهيدى وكانت تجرى على الوجه الآتى : « وتوجه اليمين إلى من بقى حياً من الزوجين ، وإلى ورثة المدين وأوصيائهم إن كانوا قصرأ ، بأنهم لا يعلمون بوجود الدين » . وفى لجنة المراجعة أدمجت المادتان فى مادة واحدة للارتباط ما بين الأحكام ، وحذفت عبارة « إلى من بقى حياً من الزوجين » لأنه داخل فى عداد الورثة ، وأصبحت المادة رقها ٣٩١ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب . وفى لجنة الشيوخ أضيفت عبارة « أو يعلمون بحصول الوفاء » فى نهاية الفقرة الثانية ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنته تحت رقم ٣٧٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣١٧ - ص ٣٢٠) .

م ٣٧٩ : ورد هذا النص فى المادة ١٥١٥/٢ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « وتقادم هذه الحقوق ، حتى ولو بقى الدائنون مستمرين فيها يقومون به من خدمات أو أعمال أو أشتغال أو توريدات » . وفى لجنة المراجعة عدل النص وأضيفت إليه فقرة ثانية ، فأصبح -

وتقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق المواد ٢٧٣/٢٠٩ و ٢٧٦/٢١٢ و ٢٧٧/٢١٣ (١).

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى: في التقنين المدني السوري المادتين ٣٧٥ - ٣٧٦ - وفي التقنين المدني الليبي المادتين ٣٦٥ - ٣٦٦ - وفي التقنين المدني العراقي المادة ٤٣١ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادتين ٣٥١ و ٣٥٣ (٢).

= مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد، وأصبحت المادة رقها ٣٩٢ في المشروع النهائي .
ووافق عليها مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٣٧٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٢١ - ص ٢٢٢) .

(١) التقنين المدني السابق م ٢٧٣/٢٠٩ : البالغ المستحقة .. لباعة أمان المبيعات لغير التجار مطلقاً ولم فيما عدا ما يتعلق بتجارهم .. والخفصة ما هية لم ، تزول بمضى ثلثائة وستين يوماً ، ولو استحققت ديون جديدة من قبيل ما ذكر في ظرف الثلثائة والستين يوماً المذكورة .

م ٢٧٦/٢١٢ : في حالة ما إذا كانت المدة المقررة لسقوط الحقوق ثلثائة وستين يوماً فأقل ، لا تبرأ ذمة من يدعى التخلص بمضى المدة إلا بحد حلفه اليمين على أنه أدى حقيقة ما كان في ذمته . . .

م ٢٧٧/٢١٣ : وأما الأراامل والورثة والأوصياء فيتخلصون بحلفهم أنهم لا يملكون أن المدعى به مستحق .

(وتختلف أحكام التقنين المدني السابق عن أحكام التقنين المدني الجديد فيما يأتي : ١ - مدة التقادم في التقنين المدني السابق ثلثائة وستون يوماً ، وليست سنة كما هي في التقنين المدني الجديد .
٢ - لم ينص التقنين المدني السابق على التكال والأجراء ، واكتفى بذكر الخدم . كما أنه لم ينص على أصحاب الفنادق والمطاعم ٣ - لم ينص التقنين المدني السابق على انقطاع التقادم ، بتحرير سند بالدين ، وبه تقادم جديد مدته خمس عشرة سنة) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٣٧٥-٣٧٦ (مطابقتان للمادتين ٣٧٨-٣٧٩ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٣٦٥ - ٣٦٦ (مطابقتان للمادتين ٣٧٨ - ٣٧٩ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٤٣١ : ١ - لا تسمح الدعوى على المنكر بطل تركها ، من غير طر شرعي ، سنة واحدة في الحقوق الآتية : (١) (ب) حقوق التجار والصناع عن أشياء ورودها لأشخاص لا يتجرون في هذه الأشياء : وحقوق أصحاب الفنادق والمطاعم عن أجرة الإقامة وثمان الطعام وكل ماصرفه . لحساب عملائهم . (ج) حقوق العملة والخدم والأجراء من أجور يومية وغير يومية ومن ثمن ما قاموا به من توريدات .
= (م ٦٦ - الوسيط)

٦٠٨ - التقادم في هذه الحقوق يقوم على قرينة الوفاء : ويخلص من النصوص المتقدم ذكرها أن حقوق التجار والصناع وأصحاب الفنادق

= ٢ - ولا تسمع الدعوى في هذه الحقوق حتى لو بقى الدائنون مستترين فيما يقومون به من خدمات أو أعمال أو أشغال أو توريدات .

٣ - ويجب على من يتسلك بعدم سماع الدعوى ، بمرور سنة واحدة ، أن يحلف يمينا ، توجهها المحكمة من تلقاء نفسها ، على أن ذمته غير مشغولة بالدين . وتوجه اليمين إلى ورثة المدينين ، أو أوليائهم إن كانوا محجورين ، بأنهم لا يطمون بوجود الدين .

٤ - ولكن إذا حرر سند بحق من هذه الحقوق ، فلا يتقادم الحق إلا بانقضاء خمس عشرة سنة . (وأحكام التقنين العراقي تتفق مع أحكام التقنين المصري ، فيما عدا أن التقنين العراقي يقرر عدم جواز سماع الدعوى بدلا من سقوط الحق - انظر الأستاذ حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ٣٨٧ - فقرة ٣٨٨ - وانظر مقالا في التقادم المسقط في القانون المدني العراقي للأستاذ غنياء شيت خطاب منشورا في مجلة القضاء ببغداد السنة الخامسة عشرة ص ٥٥ - ص ٥٨) .

تقنين الموجبات والعقود البناني م ٣٥١ : يسقط بحكم مرور الزمن بعد سنتين : ١ - حق دعوى الباعة وملزمي تقديم البضائع وأصحاب المعامل فيما يختص بالأشياء التي يقدمونها : ٢ - حق دعوى المزارعين ومتسجي المواد الأولية فيما يختص بالأشياء التي يقدمونها إذا استعملت في حاجات المديون البنية . وتبتدى مدة مرور الزمن من يوم تقديم هذه الأشياء . ٤ - حق دعوى الخدام المختصة بما لهم من الأجور والمطافات وسائر الموجبات المستحقة لهم ، بمقتضى عقد الاستخدام ، وكذلك حق السيد على خدامه فيما يختص بالمال المسلف لهم بصفة كونهم خدما . ٥ - حق دعوى المال والمتدربين فيما يختص بأجورهم ولوازمهم ويوسيتهم والمال الذي أسلفوه من أجل خدمتهم ، وكذلك حق دعوى المستخدم أو رب العمل فيما يختص بالمال المسلف لهاله بصفة كونهم عمالا . ٦ - حق دعوى أصحاب الفنادق والمطاعم فيما يختص بتقديم السكن والطعام لعمالهم وبالمال المسلف لهم . ٧ - حق دعوى مؤجري الأثاث والأشياء المنقولة من أجل بدل إيجارها . ٩ - حق دعوى المصلحة الأجورين فيما يختص بالتعويضات التي يمكنهم أن يطالبوا بها حسب المادتين ٦٥٢ و ٦٥٦ من القانون المذكور .

م ٣٥٣ : في الأحوال المعينة في المادتين ٣٥١ و ٣٥٢ يجري حكم مرور الزمن وإن تواصل تقديم الوازم أو التسليم أو الخدمة أو العمل .

(وتختلف أحكام التقنين البناني عن أحكام التقنين المصري فيما يأتي : (١) مدة التقادم في التقنين البناني سنتان لا سنة واحدة . (٢) يشمل نص التقنين البناني حقوق المزارعين ومتسجي المواد الأولية ، وحق السيد على الخدم في القروض التي يقدمها لهم باعتبارهم خدما ، وحق رب العمل في القروض التي يقدمها لهاله ، وحق مؤجري الأثاث والأشياء المنقولة ، وحق المصلحة فيما يختص بتعويضاتهم ، ولم ينص التقنين المصري على شيء من ذلك . (٣) لم ينص التقنين البناني على أن تحرير سند بالدين يقطع التقادم ويجري تقادما جديدا مدته خمس عشرة سنة ، كما فعل التقنين المصري) .

والمطاعم والعمال والخدم والأجراء تتقدم كلها بسنة واحدة ، وهى مدة قصيرة لأن المألوف فى التعامل أن هؤلاء الدائنين يتقاضون حقوقهم فور استحقاقها وإذا أمهلوا المدين فلا يعملونه أكثر من عام ، لأن هذه الحقوق هى مورد عيشهم . فإذا مضت سنة ميلادية كاملة دون أن يطالبوا بها ، فرض القانون أنهم استوفوها فعلا ، ولا يطالب المدينين بتقديم ما يثبت براءة ذمتهم ، بل يجعل هذه الحقوق تنقضى بالتقدم .

ولكن لما كان القانون يفرض هنا — نظراً لقصر مدة التقدم — أن المدين قد وفى الحق فى خلال سنة من وقت استحقاقه ، فقد جعل هذه القرينة قابلة لإثبات العكس ولكن بطريق واحد هو توجيه القاضى اليمين ، من تلقاء نفسه ، إلى المدين ، فيحلف على أنه أدى الدين فعلا . فإذا حلف فقد سقط الدين بالتقدم ، ولا يسمح للدائن ، ولو قبل حلف اليمين ، أن يثبت أن المدين لم يدفع الدين . والطريق الوحيد لإثبات ذلك هو أن ينكل المدين عن الحلف عند توجيه القاضى اليمين له على النحو الذى قدمناه . فان نكل المدين ، ثبت الدين فى ذمته ، ووجب عليه وفاؤه . ولا يتقدم الدين بعد ذلك إلا بخمس عشرة سنة من وقت صدور الحكم ، أو من وقت النكول إذا لم يصدر حكم .

وقد قلعنا ، فى الجزء الثانى من الوسيط (١) ، أن اليمين فى هذه الحالة هى يمين الاستيثاق . فالقانون بعد أن جعل مدة التقدم سنة واحدة ، وجعل من هذا التقدم قرينة على الوفاء ، أراد أن يعزز هذه القرينة — وقد اعتبرها دليلاً غير كامل — بيمين متممة يحلفها المدين على واقعة شخصية له هى أدائه الدين فعلا . فإذا كان قد مات ، حلفت الورثة ، أو أوصياؤهم إن كانوا قسراً ، يمين عدم العلم بأنهم لا يعلمون بوجود الدين ، أو يمين العلم بأنهم يعلمون حصول الوفاء (٢) .

وقد ذكرنا فى صدد هذه اليمين ما يأتى : « وخصائص يمين الاستيثاق فى الحالة التى نحن بصددنا أنها يمين إجبارية ، ولا بد للقاضى أن يوجهها إلى المدين

(١) الوسيط جزء ثان فقرة ٣١٧ .

(٢) المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣١٩ .

أو إلى ورثته . وتوجه إلى هؤلاء ، دون الدائن . وإذا حلفها من وجهته إليه ، كسب الدعوى حتماً . على أنها تبقى بعد كل ذلك في نظرنا يميناً متممة لا يميناً حاسمة ، فهي تختلف اختلافاً جوهرياً عن اليمين الحاسمة في أنها ليست هي الدليل الوحيد في الدعوى ، بل هي دليل تكليفي يعزز الدليل الأصلي وهو قرينة الوفاء المستخلصة من انقضاء سنة على وجود الدين . على أن هناك رأياً يذهب إلى أن اليمين هنا يمين حاسمة إجبارية يوجهها القاضي من تلقاء نفسه في حق تقادم بمدة قصيرة . والتقادم يقوم على قرينة الوفاء ، فهي قرينة قانونية قاطعة لا يجوز دحضها إلا بالإقرار أو بالنكول عن هذه اليمين (١) .

٦٠٩ — تفصيل الحقوق التي تقادم بسنة واحدة : والدائنون في

الحقوق التي تقادم بسنة واحدة فريقان .

(الفريق الأول) التجار والصناع وأصحاب الفنادق والمطاعم . ويستحق التاجر أو الصناع حقه في ذمة العميل عن الأشياء التي وردها له من تجارته أو صناعته ، بشرط ألا يشتري العميل هذه الأشياء ليتجر بها هو نفسه ، وإلا كان ديناً تجارياً يتقادم في الغالب بخمس عشرة سنة . ويستوى أن يكون العميل تاجراً أو غير تاجر ، ما دام يشتري الأشياء لا للتجارة بها ، بل لاستهلاكه الخاص هو وأمرته . فقد يشتري العميل ، من الخبز أو المطحن أو البقال أو الخزاز أو صاحب مصنع الأحذية أو صاحب مصنع المنسوجات ، ما يحتاج إليه في استهلاكه الخاص ، من خبز أو دقيق أو أغذية أو لحم أو أحذية أو ملابس أو غير ذلك . فسواء كان هذا العميل تاجراً أو غير تاجر ، فإن الدين الذي يترتب في ذمته للتاجر أو الصناع يتقادم بسنة واحدة ، لأن مثل هذه الديون لا تبقى عادة في ذمة المدين أكثر من هذه المدة . ويتقادم الدين حتى لو استمر الدائن في توريد أشياء أخرى للمدين ، فكل صفقة قائمة بذاتها يتقادم الدين فيها مستقلاً عن غيره من الديون في الصفقات الأخرى . والعبرة في تميز الصفقة عن الصفقات الأخرى بالمألوف المعتاد ، فمن الناس من تعود الاستمرار

(١) الوسيط جزء ثان ٢ فقرة ٣١٧ ص ٥٨٩ - ص ٥٩٠ - وانظر أيضاً فقرة ٢٣٥

طوال الشهر ويدفع شهراً فشهراً ، ومنهم من يدفع أسبوعاً فأسبوعاً ، ومنهم من يدفع يوماً فيوماً . ففى تمت الصفقة واستحق الدين بحسب المألوف فى التعامل بين المدين والدائن ، بدأ سريان التقادم (١) . وإذا أراد الدائن أن يمنع تقادم الدين فى هذه المدة القصيرة ، فما عليه إلا أن يجعل المدين يحمر له سنداً بالدين ، فيقطع التقادم ، ويبدأ تقادم جديد مدته خمس عشرة سنة .

أما أصحاب الفنادق والمطاعم فيستحقون ديونهم فى ذمة عملائهم عن أجر الإقامة فى الفندق ، وما يستهلكه العميل عادة فى الفندق من طعام وشراب ، وما يترتب فى ذمته من أجر للخدمات التى يقدمها الفندق من غسيل وكى ونحو ذلك ، وما يقدمه الفندق للعميل من سلف . وصاحب المطعم يستحق فى ذمة العميل ثمن الطعام والشراب اللذين تناولهما العميل ، وما عسى أن يصرفه صاحب المطعم لحسابه . كل هذه ديون تدفع عادة عقب الانتهاء من الإقامة فى الفندق ، وعقب الانتهاء من تناول الطعام والشراب فى الفندق . فيسرى عليها تقادم السنة من هذا الوقت ، حتى لو عاد العميل إلى الفندق أو المطعم مرة أو مرات أخرى وترتبت فى ذمته ديون جديدة ، فكل دين من هذه الديون يتقادم بسنة من وقت استحقاقه . وإذا أراد الدائن أن يمنع هذا التقادم القصير ، فعليه أن يجعل المدين يحمر سنداً بالدين ، فيبدأ تقادم جديد مدته خمس عشرة سنة . هذه ويلاحظ أنه لا يدخل فى هذه الديون أجر الغرف المفروشة فى غير الفنادق ، فهذه ديون دورية متجددة تقادم بخمس سنوات كما تقدم القول (٢) .

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى : « والغالب فى الديون التى يرد عليها التقادم الحول أن ترتب هل عقود تقتضى نشاطاً مستمراً أو متجداً ، كخدمات الأجرء وعمل من يزاولون المهن الحرة وتوريد البضائع وما إلى ذلك . بيد أن كل دين من هذه الديون يعتبر قائماً بذاته رغم استمرار نشاط الدائن وتجده ، ويقط بانقضاء سنة متى اكتمل ذاتيته وأصبح مستحق الأداء .. ويستحق أداء ثمن ما يورده التاجر عادة لعميله كل يوم أو كل أسبوع أو كل شهر ، وفقاً للعرف الجارى » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣١٨ - ٣١٩) .

(٢) انظر المادة ٣٥١ من تقنين الموجبات والمقود البنائى (أنفاً فقرة ٦٠٧ فى الهامش) وتجمل حق مؤجر الأثاث والأشياء المنقولة تقادم يستعين .

هذا وقد يستأجر العميل غرفة فى فندق ويدفع أجرها شهراً فشهراً ، فالأجرة هنا ، وإن كانت دورية تتجدد كأجرة الغرف المفروشة ، تدخل ضمن حقوق أصحاب الفنادق التى تقادم بسنة واحدة بصريح نص الفقرة الأولى من المادة ٣٧٨ منق .

(والفريق الثاني) هم العمال والخدم والأجراء ، عما يستحقونه من أجور هند أبواب العمل ، وعما قاموا به من توريدات لخدمتهم . والعمال هم عمال المصانع والمتاجر والمزارع . والخدم والأجراء هم الطهاة والسواقون « والسفرجية » والبوابون « والجنانينية » وخدم المنازل والفنادق والمطاعم . ويدخل ضمن الأجراء صغار الصناع من سباكين وحدادين ونجارين وميكانيكيين ونحوهم ، وإذا لم يدخلوا ضمن الأجراء دخلوا ضمن الصناع ، فحقوقهم في جميع الأحوال تتقدم بسنة واحدة . والحقوق التي تترتب لمثل هؤلاء الدائنين تدفع عادة في مواعيد استحقاقها ، إذ هي مورد عيشهم . فإذا تأخر الدائن عن المطالبة بها مدة سنة كاملة ، تقادم حقه وسقط ، حتى لو بقي مستمراً في توريد خدماته للمدين . فإذا بقي العامل في المصنع ، تقادم أجره بحسب ميعاد استحقاقه ، يوماً فيوماً أو أسبوعاً فأسبوعاً ، أو شهراً فشهرًا . وإذا بقي الخادم في المنزل ، تقادم حقه شهراً فشهرًا بحسب ميعاد الاستحقاق . أما الأجير العارض ، كالنجار والحداد ، فيستحق أجره بمجرد انتهاء عمله ، ويبدأ سريان التقادم من هذا الوقت . وإذا أراد الدائن منع هذا التقادم القصير ، جعل المدين يحرق سنداً بالدين ، فيبدأ تقادم جديد مدته خمس عشرة سنة . هذا ويلاحظ أن أجور الموظفين والمستخدمين ومهاياهم ومرتباهم ومعاشاتهم غير أجور العمال والخدم والأجراء ، فقد رأينا أنها تتقدم بخمس سنوات .

٦١٠ - سريان التقنين المرفى الجدير : رأينا أن التقنين المدني

الجديد جعل من التقادم في الحقوق المتقدمة الذكر سنة ميلادية كاملة بدلا من ثلثمائة وستين يوماً وهي مدة التقادم في التقنين المدني السابق . أما الدائنون في التقنين المدني السابق فكانوا « الباعة » عن أثمان مبيعاتهم ، ويمكن إدخال التجار والصناع في عموم هذا اللفظ ، فلا خلاف إذن بين التقنينين في هذا الصدد . ولم يذكر التقنين السابق أصحاب الفنادق والمطاعم ، ولا يمكن إدخال هؤلاء ضمن « الباعة » ، فيكون التقنين الجديد قد استحدث هؤلاء الدائنين . وكذلك العمال والأجراء لم يذكرهم التقنين السابق ، ومن الصعب إدخالهم ضمن « الخدمة » الذين ذكرهم ، فيمكن القول إذن أن التقنين الجديد قد استحدث أيضاً هؤلاء الدائنين .

فيكون الدائنون الذين استحدثهم التقنين المدني الجديد هم أصحاب الفنادق والمطاعم والعمال والأجراء ، فهؤلاء كانت حقوقهم وفقاً لأحكام التقنين السابق تتقدم بخمس عشرة سنة ، فأصبحت وفقاً لأحكام التقنين الجديد تتقدم بسنة واحدة . فمن كان من هؤلاء له حق سرى ضده التقدم في عهد التقنين المدني السابق ، ولم يتكامل بل بقي على تكامله سنة أو أكثر ، فإن هذا الحق ، منذ سريان التقنين الجديد ، يسرى ضده التقدم ، الجديد ومدته سنة واحدة ، حتى لو كانت المدة الباقية من التقدم القديم تبلغ أربع عشرة سنة . أما إذا كانت المدة الباقية من التقدم القديم أقل من سنة ، فإن هذه المدة الباقية هي التي يتقدم الحق بانقضائها . فلو أن الحق كان قد مضى على استحقاقه أربع عشرة سنة ونصف ، فإنه يتقدم بعد انقضاء نصف سنة فقط من يوم ١٥ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩ (أنظر المادة ٨ من التقنين المدني الجديد وقد تقدم ذكرها) . أما إذا كان التقدم قد تكامل خمس عشرة سنة قبل نفاذ التقنين الجديد ، فإن الحق يكون قد انقضى في عهد التقنين السابق ، ولا محل إذن للقول بتقدم جديد .

أما بقية الدائنين من الصناع والتجار والخدم . فقد كانت حقوقهم تتقدم بثلاثمائة وستين يوماً في عهد التقنين المدني السابق ، فطالت مدة التقدم في عهد التقنين المدني الجديد إلى سنة كاملة ، أي زادت نحو خمسة أيام . فالحق الذي كان التقدم قد تكامل بالنسبة إليه ، أي انقضى على استحقاقه ثلاثمائة وستون يوماً قبل ١٥ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، يكون قد سقط بالتقدم وفقاً لأحكام التقنين السابق . أما إذا كان الحق لم ينقض على استحقاقه قبل ١٥ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩ ثلاثمائة وستون يوماً ، فإنه لا يتقدم إلا بانقضاء سنة كاملة من وقت سريان التقدم القديم . فلو أن حقاً كان قد انقضى على استحقاقه عند نفاذ التقنين الجديد تسعة أشهر ، فإن مدة التقدم الباقية تكون ثلاثة أشهر تبدأ من ١٥ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩ (١) .

(١) وقد كان هناك تعارض ملحوظ في أحكام التقنين المدني السابق ، إذ كانت مدة التقدم في حقوق الخدم ثلاثمائة وستين يوماً ، وكانت مدة امتياز هذه الحقوق سنة كاملة ، فكان الحق =

٦١١ - (٤) الضرائب والرسوم المستحقة للدولة - النصوص

القانونية : تنص المادة ٣٧٧ من التقنين المدني المصري على ما يأتي :

- ١ - يتقدم بثلاث سنوات الضرائب والرسوم المستحقة للدولة ، ويبدأ سريان التقادم في الضرائب والرسوم السنوية من نهاية السنة التي تستحق عنها ، وفي الرسوم المستحقة عن الأوراق القضائية من تاريخ انتهاء المرافعة في الدعوى التي حررت في شأنها هذه الأوراق أو من تاريخ تحريرها إذا لم تحصل مرافعة .
- ٢ - ويتقدم بثلاث سنوات أيضاً الحق في المطالبة برد الضرائب والرسوم التي دفعت بغير حق ، ويبدأ سريان التقادم من يوم دفعها .
- ٣ - ولا تخل الأحكام السابقة بأحكام النصوص الواردة في القوانين الخاصة (١) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ٢١٠ / ٢٧٤ (٢) .

= يسقط بالتقادم قبل تكامل مدة امتياز (الموجز لدواف فقرة ٦٠٩ ص ٦٣٩ - الأستاذ أحمد حشمت أبوسميت فقرة ٨٤١ فقرة ص ٦٤٦) . وقد توفى التقنين المدني الجديد هذا التعارض ، فجعل مدة التقادم سنة كاملة ومدة الامتياز ستة أشهر فقط . فالحق يكون لسنة أشهر حقاً امتيازاً ، ويكون لسنة أشهر أخرى ديناً عادياً ، ثم يسقط بالتقادم .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « وراعى من ناحية أخرى أن المشروع قد عدل مدة التقادم المنصوص عليها في التقنين الحالى (السابق) : م ٢٠٩ / ٢٧٣ ، فجعلها سنة ميلادية بعد أن كانت ثلثائة وستين يوماً ، وبذلك وفق إلى محو التناقض الملحوظ في نصوص هذا التقنين بين أحكام هذه المدة وأحكام مدة امتياز ديون الأجراء » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣١٨) .

(١) تاريخ النص : لم يرد هذا النص في المشروع التمهيدى ، ولجنة المراجعة هي التي أنشأته على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وأصبح رقمه ٣٦٠ في المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٣٧٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣١٥) .

(٢) التقنين المدني السابق م ٢١٠ / ٢٧٤ : المبالغ المستحقة للمحضرين وكتابة المحاكم من رسوم أوراق يسقط حق المطالبة بها بمضى مدة ثلثائة وستين يوماً اعتباراً من تاريخ انتهاء المرافعة في الدعوى التي تحررت في شأنها الأوراق المذكورة أو من تاريخ تحريرها إذا تحصل المرافعة .

ولا مقابل له في التفتينات المدنية العربية الأخرى ، فيما عدا التفتين الليبي
فتقابله المادة ٣٦٤ (١) .

ويخلص من النص المتقدم الذكر أن مدة التقادم في الضرائب والرسوم
المستحقة للدولة هي بوجه عام ثلاث سنوات (٢) ، ما لم يرد في قوانين الضرائب

« (وقد كان هذا النص مقبلاً في التفتين المدني السابق ، وقد أخذ من التفتين المدني الفرنسي :
م ١/٢٢٧٢ ، حيث لا يعتبر المحضرون مواطنين في الدولة ، بل يتناصرون أنساباً على أمهاتهم
تتقدم بسنة واحدة . ولذلك لم ينتقل المشروع التمهيدى هذا النص ، وورد في مذكرته الإيضاحية
في هذا الصدد ما يأتي : « قد أغفل المشروع ذكر عبارة المبالغ المستحقة للمحضرين وكتبه
المحاكم في البيان الوارد في المادة ٥١٥ ، مراعيًا في ذلك أن التفتين الحالي - السابق - أخطأ
في إتمام هذه العبارة في نص المادة ٢١٠/٢٧٤ . والواقع أن المحضرين والكتبة يعتبرون وفقاً
لنظام الإدارة في مصر ضمن موظفي الحكومة على نقض ما هو متبع في فرنسا . وعلى هذا الأساس
تكون المبالغ التي تستحق لأولئك وحولاء ، بسبب ما يؤدون من أعمال رسمية للمتقاضين ، ديناً
للحكومة يدخل في حساب الرسوم القضائية : مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣١٨ - ثم صدر
بعد ذلك قانون رقم ٢ لسنة ١٩٤٠ بمدل المادة ٢١٠/٢٧٤ - وسيأتي ذكره - وهذا التعديل
هو الذي نقله التفتين المدني الجديد - انظر الموجز للولف فقرة ٦٠٩ ص ٦٢٩ - من ٦٤٠ -
الأستاذ أحمد حشمت أبوستيت فقرة ٨٤٢) .

(١) التفتينات المدنية العربية الأخرى :

التفتين المدني السوري (لا مقابل - وتسمى القوانين الخاصة) .

التفتين المدني الليبي م ٣٦٤ (مطابقة المادة ٣٧٧ من التفتين المدني المصري) .

التفتين المدني العراقي (لا مقابل - وتسمى القوانين الخاصة) .

تفتين الموجبات والنفود اللبناني (لا مقابل - وتسمى القوانين الخاصة) .

(٢) كانت الضرائب تتقدم - قبل الأمر المالي الصادر في ٢٩ مارس سنة ١٩٠٠ -
بمضي سنوات هجرية ، باعتبارها ديوناً دورية متجددة تطبيقاً للمادة ٢١١/٢٧٥ من التفتين
المدني السابق (استئناف مخطوط ٢٧ مارس سنة ١٨٨٩ م ١ ص ٨٩ - ١٧ يناير سنة ١٨٩٥ م ٧
ص ١٧٠) . ثم صدر الأمر المالي السالف الذكر ، فقفى بسقوطها بعد مضي ثلاث سنوات
ميلادية لا يوقف سريانها ولا ينقطع . ثم صدر قانون رقم ٢ لسنة ١٩٤٠ بمدل المادة ٢١٠/٢٧٤
من التفتين المدني السابق ، ويحدد مدة ثلاث سنوات ميلادية لسقوط الحق في الضرائب والرسوم
المستحقة لنظم الكتاب والمسروقات القضائية ، « وبهذا يضع حداً للبلية الناعمة ، ويوحد
أحكام سقوط الحق في مواد الضرائب والرسوم والمصاريف القضائية ولأي رسوم أخرى ، سواء
كان صاحب الحق هو خزينة الحكومة أو أفراد الناس » (من المذكرة الإيضاحية للمادة ٢١٠
المعدلة) . وقد عدل نص المادة ٢١٠/٢٧٤ من التفتين المدني السابق على الوجه الآتي : « يسقط
الحق في المطالبة بالمبالغ المستحقة بصفة ضريبة أو رسم بمضي ثلاث سنين ميلادية من تاريخ =

والقوانين الخاصة الأخرى نصوص تقضى بغير ذلك (١) .

فما لم يرد إذن نص مخالف ، تكون مدة التقادم فى الضريبة العقارية (٢) على الأراضي الزراعية والمباني ، وفى ضرائب الأموال المنقولة كضريبة كسب العمل وضريبة المهن الحرة وضريبة الأسهم والسندات والأموال المنقولة ، وفى ضريبة الإرادة العام ، وفى ضريبة الخمر ، وفى غير ذلك من الضرائب (٣) ، هى ثلاث سنوات تبدأ من نهاية السنة التى تستحق عنها الضريبة ، فمن هذا

= استحقاقها . ولا يبدأ سريان هذه المدة بالنسبة للضرائب أو الرسوم السنوية إلا من نهاية السنة التى تستحق عنها تلك الضرائب والرسوم . وفيما يتعلق بالرسوم التى تستحق عن أوراق قضائية فيبدأ سريان هذه المدة بالنسبة لها من تاريخ انتهاء المرافعة فى الدعوى التى حررت بشأنها تلك الأوراق أو من تاريخ تحريرها إذا لم تحصل المرافعة . ويسقط الحق فى المطالبة برد المبالغ التى دفعت بغير حق بمضى ثلاث سنين من يوم دفعها . وكل ذلك مع عدم الإخلال بأحكام القانونين رقمى ١٤ لسنة ١٩٣٩ و ٤٤ لسنة ١٩٣٩ . (انظر الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٨٤٢) . وهذا التعديل الصادر فى سنة ١٩٤٠ هو الذى نقل عنه التقنين المدق الجديد كما سبق القول .

(١) وقد وردت فعلا نصوص مخالفة فى بعض قوانين الضرائب . من ذلك الفقرة الأولى من المادة ٩٧ من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ ، وهى تقضى بسقوط حق الحكومة فى المطالبة بما هو مستحق لها بموجب هذا القانون بمضى خمس سنوات . ثم عدلت هذه المدة إلى عشر سنوات بموجب القانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٤٧ بالنسبة إلى الضرائب المستحقة عن سنوات ١٩٣٨-١٩٤٠ . وتبدأ المدة من وقت وضع الإرادة تحت تصرف الممول (نقض مدنى ٢٥ يونيو سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٩٤ ص ١٢١١) . ولا تنقطع بخطاب موصى عليه من مصلحة الضرائب ، ولكن يصدر الورد على النموذج رقم ٤ ضرائب (نفس الحكم) .

(٢) والضريبة العقارية دين فى ذمة الممول يجوز ، ما لم يسقط بالتقادم ، تقاضيه من أمواله الأخرى ، وحق امتياز الحكومة على العقار المستحق هذا الدين بسببه ليس إلا ضماناً لوفاء به . وقد قضت محكمة النقض بأن دين الضريبة العقارية يسقط بمضى ثلاث سنوات ميلادية تبدأ من آخر السنة التى استحق فيها هذا الدين ، سواء بيع العقار المستحق هذا الدين بسببه أو بقى ملكاً للمدين . ذلك أن دين الضريبة هو دين شخصى ثابت فى ذمة المدين . وامتياز الحكومة هل العقار المستحق هذا الدين بسببه ليس إلا ضماناً لوفاء به ، ويبيع الضمان أو هلاكه ليس من شأنه أن يؤثر فى خصائص الدين المضمون . ذلك أنه إذا بيع الضمان ، فإن ذلك لا يحول دون استيفاء الدين من أموال المدين الأخرى قبل سقوطه بالتقادم (نقض مدنى أول مايو سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٤٩ ص ١٠٠٨) .

(٣) أما الووائد المستحقة للبلديات والمجالس المديرية وللأشخاص المعنوية العامة الأخرى غير الدولة فلها فى تقادها أحكامها الخاصة .

الوقت لإذن يبدأ سريان التقادم .

وكذلك الرسوم المستحقة للدولة ، كرسوم النخعة ورسوم البريد ورسوم القضايا والأوراق القضائية ، تتقادم بثلاث سنوات من وقت استحقاقها . وتستحق الرسوم عن الأوراق القضائية من تاريخ انتهاء المرافعة في الدعوى التي حُوت في شأنها هذه الأوراق ، فإن لم تحصل مرافعة فن تاريخ تحريرها ، ويبدأ سريان التقادم من هذا الوقت أو ذاك .

وكما يسرى تقادم ثلاث السنوات في حقوق الدولة قبل المولين في الضرائب والرسوم ، كذلك يسرى تقادم ثلاث السنوات في حقوق المولين قبل الدولة إذا دفع المولون ضرائب أو رسوماً أكثر من المستحق وجاز لهم استرداد الزيادة . ومدة التقادم هذه تعادل مدة التقادم المقررة في استرداد دفع غير المستحق بوجه عام (أنظر م ١٨٧ مدني) ، إلا أن التقادم في استرداد الزيادة في الضرائب والرسوم يسرى من يوم دفع غير المستحق سواء كان المول يعلم بحقه في الاسترداد أو لا يعلم . فإذا كان لا يعلم فليست هناك مدة تقادم أخرى مقدارها خمس عشرة سنة تسرى من وقت الدفع ، إذ مدة التقادم هنا واحدة لا تتغير ، وهي ثلاث سنوات تسرى من وقت الدفع كما قلنا . وهذا بخلاف التقادم في استرداد غير المستحق في غير الضرائب والرسوم ، فإن تقادم ثلاث السنوات يسرى من وقت علم الدائن بحقه في الاسترداد ، ويسقط هذا الحق على كل حال بخمس عشرة سنة من وقت الدفع . ومن ثم تكون أحكام الفقرة الثانية من المادة ٣٧٧ مدني مخصصة للأحكام العامة الواردة في المادة ١٨٧ مدني (١) .

(١) وإذا وجب على الدولة رد غير المستحق للمول ولم يسقط هذا الحق بالتقادم ، فإن الدولة لا تلزم بدفع فوائد عن المبالغ غير المستحقة التي تردا ، فقد صدر القانون رقم ١٤٦ لسنة ١٩٥٠ يقضي بعدم جواز مطالبة مصلحة الضرائب بالفوائد عن المبالغ التي يحكم عليها ردها للمولين . وقد كانت محكمة النقض تقضي باستحقاق هذه الفوائد قبل العمل بالقانون سالف الذكر ، أما منذ نفاذ هذا القانون فانتهى صريح في عدم استحقاق هذه الفوائد (انظر الوسيط جز ٢٠٧٢ ققرة ٥٠٧ ص ٨٩٤ هامش رقم ٤) .

٦١٢- لا يجوز الاتفاق على أنه يتم التقادم في مرة مختلفة
من المرة التي غيرها القانون - النصوص القانونية تنص الفقرة الأولى
من المادة ٣٨٨ من التقنين المدني على ما يأتي :

« لا يجوز الاتفاق على أن يتم التقادم في مدة تختلف عن المدة التي عينها
القانون (١) » .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري
المادة ١/٣٨٥ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ١/٣٧٥ - وفي التقنين المدني
العراقي المادة ١/٤٤٣ - وفي تقنين المرحبات والعقود اللبناني المادة ١/٣٤٦ (٢) .

ومخلص من هذا النص أنه لا يجوز الاتفاق مقدماً على تعديل مواعيد التقادم
التي قررها القانون ، لا بالزيادة ولا بالنقص . وقد كان التقنين المدني السابق
لا يشتمل على نص في هذه المسألة ، فكان الفقه والقضاء يسيران على ما جرى عليه
القضاء في فرنسا (٣) . ويحرم القضاء الفرنسي الاتفاق على إطالة مدة التقادم ،
إذ هو ضد مصلحة المدين ، وقد يكون فوق ذلك وسيلة إلى الزول عن التقادم
قبل أن يتم ، كما إذا اتفق الطرفان على إطالة مدة التقادم إلى خمسين سنة
أو إلى مائة ، فيكون هذا بمثابة الزول مقدماً عن التقادم من الناحية العملية (٤) .
ولكن القضاء الفرنسي يجيز الاتفاق على تقصير مدة التقادم ، بشرط أن تكون
المدة المتفق عليها كافية لأن يطالب الدائن بحقه ، فلا تكون قصيرة إلى حد

(١) تاريخ النص : انظر ما يلى فقرة ٦٥٥ في الهامش .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : انظر ما يلى فقرة ٦٥٥ في الهامش - وأحكام
هذه التقنينات في هذه المسألة متفقة مع أحكام التقنين المدني المصري .

(٣) استئناف مخطط ٢٢ فبراير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٢٤ - الموجز للمؤلف فقرة ٦١٢
ص ٦١٢ - الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٨٥١ .

(٤) بلانول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٥٠ - ولكن هذا لا يمنع من أن يقطع الدائن
التقادم أو أن يقوم سبب لوقف سريانه ، فتطول مدة التقادم ستما من جراء قطعه أو وقفه
(بلانول وريبير وردوان فقرة ١٣٥٠) .

لا تمكنه من ذلك عملياً، وكثيراً ما كان يتفق على تقصير مدد التقادم في عقود النقل وفي عقود التأمين (١). وحجة القضاء في ذلك أن تقصير المدة هو مصلحة المدين، ولكن هذه الحجة ليست حاسمة، فانه يقع كثيراً أن يكون المدين هو الجانب الأقوى كما في عقود الإذعان ومنها عقود النقل وعقود التأمين. ومن ثم حرم قانون ١٣ بوليه سنة ١٩٣٠ الذي نظم عقد التأمين في فرنسا أى اتفاق على تقصير مدة التقادم، بل وعلى إسقاط حق المؤمن له إذا لم يقم بأعمال معينة في مدد قصيرة كالتبليغ عن الحادث وتقديم المستندات (٢).

أما التفتين المدني المصري الجديد فقد أتى، كما رأينا، بنص صريح في المسألة، استمده من المشروع الفرنسي الإيطالي. فنص على تحريم الاتفاق على إطالة مدة التقادم أو تقصيرها، واعتبر مدة التقادم التي حددها القانون ملزمة للطرفين فلا يجوز لهما أن يتفقا على تعديلها. فتكون مدد التقادم إذن من النظام العام، ولا يجوز أن يترك تحديدها لمشية الأفراد (٣). ويترتب على ذلك أنه إذا اتفق الطرفان على تقصير مدة التقادم العادي، وهي خمس عشرة سنة، إلى عشر سنوات أو خمس مثلاً، لم يعتد بهذا الاتفاق بل تكون المدة خمس عشرة سنة كاملة. وإذا اتفق الطرفان على إطالة مدة السنة المحددة لتقادم بعض الديون إلى سنتين أو ثلاث مثلاً، كان هذا الاتفاق باطلاً، وتبقى مدة التقادم سنة كما حددها القانون. وسرى فيما يلي أن النزول عن التقادم مقدماً قبل أن يكتمل غير جائز كإطالة مدة التقادم، والجائز إنما هو النزول عن التقادم بعد أن يكتمل.

(١) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٤٩ ص ٧٦٢ .

(٢) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٤٩ .

(٣) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية المشروع التمهيدى في هذا الصدد : « نهي المشروع نهج المشروع الفرنسي الإيطالي ، فحظر كل تعديل اتفاق في مدة التقادم المقررة في القانون . ويفرق البعض بين الاتفاقات الخاصة بمد المدة والاتفاقات الخاصة بقصرها ، يلحقون البطلان بالأول دون الثانية . بيد أنه لم يروجه للأخذ بهذه التفرقة ، لأن إقرار صحة الاتفاق على قصر المدة لا يؤمن معه الاعتصاف ، ولا سيما في عقود التأمين . وقد اتفق واضعوا المشروع الفرنسي الإيطالي فيما بينهم على إقرار قاعدة حظر تعديل المدد المقررة في القانون على المتعاقدين إطلاقاً ، لأن حكم التقادم يتعلق بالنظام العام ، ولا ينبغي أن يترك تطبيقه لمشية الأفراد » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٤٥) .

وانظر ما يلي فقرة ٦٥٨ .

وقد كان الاتفاق على تقصير مدة التقادم جائزاً في عهد التقنين المدني السابق، وفقاً لما جرى عليه القضاء الفرنسي فيما قدمناه. ومن ثم تنفذ الاتفاقات التي تكون قد عقدت في ذلك العهد، إذا كانت مدة التقادم التي اتفق على تقصيرها قد اكتملت قبل نفاذ التقنين الجديد. أما إذا كانت لم تكتمل، فالظاهر أن الاتفاق على تقصير مدة التقادم تسري عليه أحكام التقنين الجديد وهي هنا من النظام العام، فلا يعتد بهذا الاتفاق وتبقى مدة التقادم كاملة دون تقصير كما حددها القانون.

المبحث الثاني

كيفية حساب مدة التقادم

٦١٣ - النصوص القانونية: تنص المادة ٣٨٠ من التقنين المدني على ما يأتي:

« تحسب مدة التقادم بالأيام لا بالساعات. ولا يحسب اليوم الأول، وتكمل بانقضاء آخر يوم منها ».

وتنص المادة ٣٨١ على ما يأتي:

١ - لا يبدأ سريان التقادم فيما لم يرد فيه نص خاص إلا من اليوم الذي يصبح فيه الدين مستحق الأداء ».

٢ - وبخاصة لا يسرى التقادم بالنسبة إلى دين معلق على شرط واقف إلا من الوقت الذي يتحقق فيه الشرط، وبالنسبة إلى ضمان الاستحقاق إلا من الوقت الذي يثبت فيه الاستحقاق، وبالنسبة إلى الدين المؤجل إلا من الوقت يتنقضي فيه الأجل ».

٣ - وإذا كان تحديد ميعاد الوفاء متوقفاً على إرادة الدائن، سري التقادم

من الوقت الذى يتمكن فيه الدائن من إعلان إرادته (١) .

ولا مقابل لهذه النصوص في التقنين المدنى السابق ، ولكن الأحكام كان معمولاً به بها دون نص لاتفاقها مع القواعد العامة (٢) .

وتقابل هذه النصوص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدنى السورى المادتين ٣٧٧ - ٣٧٨ - وفي التقنين المدنى الليبى المادتين ٣٦٧ - ٣٦٨ - وفي التقنين المدنى العراقى المواد ٤٣٢ - ٤٣٤ - وفي تقنين الموجبات والمقود اللبنانى المادة ٣٤٨ (٣) .

وتعرض هذه النصوص لمسألتين : (١) حساب مدة التقادم (٢) ومبدأ صريان التقادم .

(١) تاريخ النصوص :

م ٣٨٠ : ورد هذا النص فى المادة ١١٧ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « تحسب مدة التقادم بالتقويم الهجرى ، وتكون بالأيام لا بالساعات ، ولا يحسب اليوم الأول ، وتكمل المدة بانقضاء آخر يوم فيها » . وفى لجنة المراجعة حذف النص على الحساب بالتقويم الهجرى حتى يكون الحساب بالتاريخ الميلادى طبقاً لقاعدة العامة التى نص عليها فى الباب التمهيدى ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وصار رقم المادة ٢٩٣ فى المشروع التامى . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٢٨٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٢٢ - ص ٣٢٣) .

م ٣٨١ : ورد هذا النص فى المادة ١١٨ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا أن الفقرة الأولى من المشروع التمهيدى لم تكن تشتمل على عبارة « فيما لم يرد فيه نص خاص » . وقد أضيفت هذه العبارة فى لجنة المراجعة ، فكل تطابق النص ، وأصبح رقم المادة ٣٩٤ فى المشروع التامى . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٣٨١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٢٤ و ص ٣٢٦) .

(٢) ولكن التقويم الهجرى كان هو المعمول به فى حساب مدد التقادم فى عهد التقنين المدنى السابق ، أما التقنين المدنى الجديد فنقض نصوصه بأن يكون حساب مدد التقادم بالتقويم الميلادى .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى : م ٣٧٧ - ٣٧٨ (مطابقتان للمادتين ٣٨٠ - ٣٨١ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى الليبى : م ٣٦٧ - ٣٦٨ (مطابقتان للمادتين ٣٨٠ - ٣٨١ من التقنين المدنى

المصرى) .

٦٩٤ - **مسألة التقادم** : تقول المادة ٣٨٠ مدني : « تحسب مدة

التقادم بالأيام لا بالساعات » . ذلك أننا لو حسبنا المدة بالساعات ، لاقتضى ذلك أن نعرف في أية ساعة على وجه الدقة بدأ سريان التقادم . وهذا أمر تتعذر معرفته ، فإن التاريخ الذي يكتب في الأوراق ويؤخذ عادة مبدءاً لسريان التقادم لا تذكر فيه الساعة بل اليوم (١) . فوجب إذن حساب المدة من يوم إلى يوم ، ابتداء من منتصف الليل إلى منتصف الليل التالي ، وفقاً للتقويم الميلادي (٢) . ويقتضى هذا عدم حساب اليوم الأول ، لأنه يكون يوماً ناقصاً أو جزءاً من يوم (٣) . ذلك أنه إذا لم يكن سريان التقادم قد بدأ عند منتصف الليل تماماً ، وهذا أمر نادر لا يدخل في الحساب ، وأردنا أن نحسب ما تقدم من الساعات على منتصف الليل ، لاقتضى ذلك أن نحسب المدة بالساعات ، من الساعة التي بدأ فيها على وجه الدقة سريان التقادم ، وهذا أمر تتعذر معرفته كما سبق القول .

١ - **التقنين المدني العراقي م ٤٣٢** : إذا ترك السلف الدعوى مدة ، وتركها الخلف مدة أخرى ، وبلغ مجموع المدة المقررة لعدم سماع الدعوى ، فلا تسح .
م ٤٣٣ : تحسب المدة التي تمنع من سماع الدعوى بالتقويم الميلادي ، وتكون بالأيام لا بالساعات .

م ٤٣٤ : ١ - يعتبر ابتداء المدة المقررة لعدم سماع الدعوى من اليوم الذي يصبح فيه الالتزام مستحق الأداء . ٢ - في دعوى الدين المؤجل تبدأ المدة من وقت حلول الأجل ، وفي دعوى الدين المطلق على شرط من وقت تحقق الشرط ، وفي دعوى ضمان الاستحقاق من الوقت الذي يثبت فيه الاستحقاق . ٣ - وإذا كان تحديد ميعاد الوفاء متوقفاً على إرادة الدائن ، سري مرور الزمن من الوقت الذي يتمكن فيه الدائن من إعلان إرادته .

(وأحكام التقنين العراقي متفقة مع أحكام التقنين المصري : انظر الأستاذ حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ٣٩٠ - فقرة ٣٩١) .

تقنين الموجبات والنفوذ البنياني م ٣٤٨ : لا يبتلى حكم مرور الزمن إلا يوم يصبح الدين مستحق الأداء . ونحسب المدة بالأيام لا بالساعات ، ولا يحسب يوم البداية . وتعد مدة مرور الزمن تامة عند انقضاء آخر يوم فيها . (وأحكام التقنين البنياني تتفق مع أحكام التقنين المصري) .
(١) وإذا لجأنا إلى الشهادة لتحديد الساعة التي بدأ فيها سريان التقادم ، وهذه واقعة مادية يجوز إثباتها بالبينة ، تطرأ على الشهود أن يحددوا على وجه الدقة اليوم الذي بدأ فيه سريان التقادم به الساعة (يوردي وتيسيه فقرة ٥٧٩) .

(٢) استئناف مصر ٣ أبريل سنة ١٩٥٢ الحامية ٣٤ رقم ٢٧ ص ٣١ .

(٣) استئناف مخطط ١٧ ديسمبر سنة ١٩٥٨ م ٢١ ص ٧٨ .

فالحساب بالأيام يقتضى إذن إغفال اليوم الناقص ، ثم حساب مدة التقادم يوماً فيوماً ، حتى نصل إلى منتصف الليل من اليوم الذى يتم به عدة التقادم السنين التى حددها القانون ، ولا يتم التقادم إلا عند منتصف هذا الليل . وتقول المادة ٣٨٠ مدنى : « ولا يحسب اليوم الأول ، وتكمل المدة بانقضاء آخر يوم منها » .

ويدخل فى الحساب ما يتخلل هذه الأيام من مواسم وأعياد ، وإذا كان التقادم لا يكتمل إلا بانقضاء آخر يوم منه ، فإنه يقع صحيحاً ما يتخذ من الإجراءات بشأن قطع التقادم فى هذا اليوم . فإن كان اليوم الأخير يوماً من أيام الأعياد أو المواسم ، وتعتبر اتخاذ إجراء فيه لقطع التقادم ، فإن سريان التقادم يوقف بالقوة القاهرة إلى اليوم التالى أو إلى أول يوم صالح لاتخاذ الإجراء ، ولا يكتمل التقادم إلا بانقضاء هذا اليوم دون أن يقطع الدائن سريانه (١) .

هذا وفى حساب المدة تضم مدة السلف إلى مدة الخلف . فلو أن الدائن قد مات بعد استحقاق الدين بسبع سنوات ، وكانت مدة التقادم خمس عشرة سنة ، فلا يبقى أمام وارث الدائن إلا ثمانى سنوات للمطالبة بالدين . فإن انقضت هذه المدة دون أن يطالب الوارث بالدين ، سقط الدين بالتقادم ، لأن مدة المورث ضمت إلى مدة الوارث فى الحساب . ولو أن الدائن نزل عن الدين المحال له بعد سبع سنوات من استحقاقه ، فإن المحال له لا يبقى أمامه للمطالبة بالدين إلا ثمانى سنوات ، لأن مدة سلفه تضم إلى مدته فى حساب التقادم ، على نحو ما رأينا فى ضم مدة المورث إلى مدة الوارث . فالخلف ، سواء كان خلفاً عاماً أو خلفاً

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « تحسب مدة التقادم ، أيّاً كانت ، بالأيام لا بالساعات . ويتفرع حل ذلك أن اليوم الأول لا يدخل فى الحساب ، فى حين يدخل فيه ما يعرض خلال هذه المدة من أيام المواسم والأعياد . ويتأبى لاستكمال مدة التقادم أن يقتضى آخر يوم فيها ، ولذلك يقع صحيحاً ما يتخذ من الإجراءات بشأن التقادم فى هذا اليوم ، كإجراءات قطع المدة مثلاً . وإذا وقع آخر أيام المدة فى عطلة عيد أو موسم لا يتيسر اتخاذ الإجراءات فى خلالها ، كان ذلك من قبيل القوة القاهرة ، ووقف سريان التقادم : انظر المادة ٢/٥١٩ من المشروع والمادة ٥٦٣ من التقنين البرتغالى » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٢٥) .

وانظر فى هذا المعنى المادة ١٩٣ من التقنين المدنى الألمانى — الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٢٣٠ — ويذهب بودرى وتيسيه إلى عكس ذلك ، وإلى أن التقادم يكتمل بانقضاء اليوم الأخير حتى لو كان يوم عطلة (بودرى وتيسيه مقرة ٥٨٣) .

(م ٦٧ — الوسيط)

خاصاً ، تحسب عليه مدة سلفه وتضم إلى مدته لاكمال التقادم (١) .

وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد ينص على حساب مدة التقادم بالتقويم الهجرى (٢) ، كما كان الأمر فى عهد التقنين المدنى السابق حيث كان القضاء يحسب مدة التقادم ، وهى مأخوذة من الشريعة الإسلامية ، بالتقويم الهجرى (٣) . ولكن التقنين المدنى الجديد حذف النص على الحساب بالتقويم الهجرى ، فوجب الحساب بالتقويم الميلادى تطبيقاً لأحكام المادة ٣ مدنى ، وتنص على أن " تحسب المواعيد بالتقويم الميلادى ، ما لم ينص القانون على غير ذلك (٤) " . من أجل هذا قد يقع أن تكون مدة التقادم بحسب التقويم الهجرى مكتملة قبل نفاذ التقنين المدنى الجديد ، أى قبل يوم ١٥ من أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، فيسقط بالتقادم حتى لو لم تكن المدة قد اكتملت بحسب التقويم الميلادى . أما إذا كانت المدة لم تكتمل بالتقويم الهجرى قبل يوم ١٥ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، فإن التقادم يستمر سارياً ، ولكن تحسب المدة من أولها بالتقويم الميلادى تطبيقاً لأحكام التقنين المدنى الجديد . فلو أن المدة التى انقضت قبل يوم ١٥ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩ كانت خمس عشرة سنة هجرية إلا يوماً واحداً ، فإن التقادم فى هذه الحالة يحسب من أوله بالتقويم الميلادى ، ويبقى على اكتمال المدة ، لا يوم واحد فحسب ، بل هذا اليوم مضافاً إليه عدد آخر من الأيام هو الفرق ما بين خمس عشرة سنة ميلادية وخمس عشرة سنة هجرية . فتكون المدة الباقية لاكمال التقادم فى الحالة التى نحن بصدددها هى مائة وتسعة وستون يوماً بدلاً من يوم واحد ، إذا حسبنا فى الخمس عشرة سنة ميلادية ثلاث سنوات كبيسة على الأقل (٥) .

(١) انظر فى هذا المعنى المادة ٤٣٢ من التقنين المدنى العراق (آتفاً فقرة ٦١٣ فى الهامش) - وانظر أيضاً الموجز المؤلف فقرة ٦٠٥ ص ٦٢٦ .

(٢) انظر تاريخ نص المادة ٣٨٠ مدنى (آتفاً فقرة ٦١٣ فى الهامش) .

(٣) الموجز المؤلف فقرة ٦٠٥ - المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٢٥ .

(٤) انظر تاريخ نص المادة ٣٨٠ مدنى (آتفاً فقرة ٦١٣ فى الهامش) .

(٥) ذلك أن هناك فرقاً هو أحد عشر يوماً ما بين السنة الميلادية والسنة الهجرية ، فيكون مجموع الفرق خمس عشرة سنة ميلادية هو مائة وخمسة وستون يوماً . يضاف إلى ذلك ثلاثة -

٦١٥ - مبدأ سريان التقادم - القاهرة العامة واستثمارها

تضع الفقرة الأولى من المادة ٣٨١ مدنى القاعدة العامة فى تحديد مبدأ سريان التقادم، فقد رأيناها تنص على أنه «لا يبدأ سريان التقادم فيما لم يرد فيه نص خاص إلا من اليوم الذى يصبح فيه الدين مستحق الأداء». فالقاعدة إذن أن يبدأ سريان التقادم من وقت استحقاق الدين، إذ أن الدائن لم يكن يستطيع المطالبة بالدين قبل استحقاقه، وينبغى أن يكون الدائن خلال مدة التقادم قادراً على مطالبة المدين ولم يفعل، فيتقادم الدين جزاء له على إهماله. وتقريباً على ذلك، إذا كان الدين غير مستحق الأداء إلا بعد مدة معينة، لم يسر التقادم إلا من وقت استحقاق الدين للأداء، مادام الدائن كان لا يستطيع المطالبة بالدين قبل ذلك (١).

= أيام من السنوات الكبيرة الثلاث، كما يضاف اليوم الذى كان باقياً لا كمال التقادم قبل نفاذ التقنين المدنى الجديد، فيكون مجموع كل ذلك هو مائة وتسعة وستون يوماً.

(١) بلانويول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٥٢ - وقارن بودى وتيسيه فقرة ٣٨١ وفقرة ٣٨٨ ومع ذلك انظر فقرة ٣٨٤ مكررة.

ومن ثم يبدأ سريان التقادم، بالنسبة إلى دعوى التمويض التى يرفعها المالك على منتصب باع الملك الذى اغتصب، لا من وقت الاكتساب، بل من وقت البيع (استئناف مخطط ٣١ مارس سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١٥٣ - ١٦ فبراير سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ٥٥).
ويبدأ سريان التقادم بالنسبة إلى الضرائب من تاريخ إقفال ميزانية الممول أو المنشأة، لا من تاريخ تقديم الممول أو المنشأة للإقرار (للسويس ١٤ أبريل سنة ١٩٥١ المحاماة ٣٢ رقم ٧١ ص ٢٦٥).

ويسرى التقادم بالنسبة إلى الأرباح التجارية من يوم إمكان المطالبة بالدين (استئناف مصر ٣ أبريل سنة ١٩٥٢ المحاماة ٣٤ رقم ٢٧ ص ٣١).

ويبدأ سريان التقادم، بالنسبة إلى حق الكفيل فى الرجوع على المدين، من تاريخ وفاة الكفيل لهذا الدين، لا من تاريخ استحقاق الدين المكفول (نقض مدنى ١٩ مايو سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٥٢ ص ١٤٣).

ويبدأ سريان التقادم، بالنسبة إلى دعوى تقديم الحساب على مصنع الشركة، من وقت انتهاء مهمة المصن (استئناف مخطط ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٥٤ م ١٧ ص ١٢).

ويبدأ سريان التقادم، بالنسبة إلى التزام الدائن المرتهن يرد الشيء المرهون حيازة، من وقت انقضاء الدين وصيرورة الشيء المرهون واجب الرد (بودى وتيسيه فقرة ٣٨٤).

ويبدأ سريان التقادم، بالنسبة إلى حق الفضول فى استرداد المصروفات التى صرفها فى أعمال الفضالة، من وقت قيامه قسداً بالعمل الذى ترتب عليه منفعة رب العمل (نقض مدنى ١٢ فبراير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٦٩ ص ٤٧٦).

هذا ما لم يرد نص خاص يجعل مبدأ سريان التقادم غير يوم استحقاق الدين .
وهناك فعلا نصوص خاصة ، بعضها يجعل مبدأ سريان التقادم بعد يوم استحقاق الدين ، وبعضها يجعله قبل يوم الاستحقاق .

فن النصوص التي تجعل مبدأ سريان التقادم بعد يوم استحقاق الدين ماورد
خاصاً بالتقادم الثلاثي بالنسبة إلى الالتزامات الناشئة من العمل غير المشروع
أو الإثراء بلا سبب أو دفع غير المستحق أو الفضالة فهذه الالتزامات جميعاً
لا يسرى في حقها تقادم ثلاث السنوات إلا من اليوم الذي يعلم فيه الدائن بقيام
الدين وبالشخص المسؤول عنه ، وقد يتأخر هذا اليوم عن اليوم الذي يستحق
فيه الدين وهو اليوم الذي وقع فيه العمل غير المشروع أو الإثراء بلا سبب أو
دفع غير المستحق أو الفضالة (١) . كذلك يجري التقادم الثلاثي بالنسبة إلى
دعوى إبطال العقد لنقص الأهلية أو الغلط أو التدليس أو الإكراه من اليوم
الذي يزول فيه نقص الأهلية أو ينكشف فيه الغلط أو التدليس أو ينقطع فيه
الإكراه ، وهذا اليوم يتأخر عادة عن اليوم الذي يمكن فيه رفع دعوى
الإبطال (٢) . كذلك يسرى التقادم الثلاثي بالنسبة إلى الدعوى البولصية من
اليوم الذي يعلم فيه الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف ، وهذا اليوم يتأخر عادة
عن اليوم الذي يمكن فيه رفع الدعوى وهو اليوم الذي وقع فيه التصرف
المطعون فيه (٣) .

ومن النصوص التي تجعل مبدأ سريان التقادم قبل يوم استحقاق الدين
ماورد في الفقرة الثالثة من المادة ٣٨١ مدني ، وتقضي كما رأينا بأنه « إذا كان
تحديد ميعاد الوفاء متوقفاً على إرادة المدين ، سرى التقادم من الوقت الذي

— ويبدأ سريان التقادم ، بالنسبة إلى دعوى مسؤولية أمين النقل ، من اليوم الذي يجب أن يتم فيه النقل (نقض مدني ٧ يناير سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٥٩ ص ٤٠٢ — ٣١ مايو سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٨٨ ص ٦٤٢) .

(١) أنظر م ١٧٢ مدني بالنسبة إلى العمل غير المشروع ، وم ١٨٠ مدني بالنسبة إلى الإثراء بلا سبب ، وم ١٨٧ مدني بالنسبة إلى دفع غير المستحق ، وم ١٩٧ مدني بالنسبة إلى الفضالة .

(٢) أنظر م ١٤٠ مدني .

(٣) أنظر م ٢٤٣ مدني .

يمكن فيه الدائن من إعلان إرادته . فالدين هنا لا يستحق إلا إذا أعلن الدائن فعلاً إرادته في استيفائه ، ومع ذلك يبدأ سريان التقادم بالنسبة إليه من اليوم الذى يتمكن فيه الدائن من إعلان إرادته ولو لم يعلمها بالفعل ، أى فى يوم سابق على استحقاق الدين . كذلك نصت الفقرة الثانية من المادة ٢٨٦ مدنى على أنه « إذا سقط الحق بالتقادم سقطت معه الفوائد وغيرها من الملحقات ، ولو لم تكتمل مدة التقادم الخاصة بهذه الملحقات » . فهذا النص يجعل الفوائد والملحقات تتقادم بتقادم الحق نفسه ، وقد يبدأ سريان التقادم بالنسبة إلى الحق قبل استحقاق الفوائد والملحقات ، ومن ثم يبدأ سريان التقادم بالنسبة إلى الفوائد والملحقات قبل استحقاقها .

٦٦٦ - مبدأ سريان التقادم بالنسبة إلى دين معلق على شرط

وبالنسبة إلى ضمان الاستحقاق : وتطبيقاً للقاعدة العامة من أن مبدأ سريان التقادم يكون من وقت استحقاق الدين ، يبدأ سريان التقادم بالنسبة إلى الدين المعلق على شرط واقف من وقت تحقق هذا الشرط ، لأن هذا الدين لا يستحق إلا من هذا الوقت ، وقبل تحقق الشرط الواقف لم يكن من الممكن معرفة ما إذا كان الدين يستحق أو لا يستحق . وإذا كان لتحقيق الشرط الواقف أثر رحى ، فيعتبر الالتزام موجوداً لا من وقت تحقق الشرط فحسب بل من وقت قيام مصدر الالتزام ، إلا أن الالتزام لا يكون نافذاً إلا من وقت تحقق الشرط ، والعبرة في مبدأ سريان التقادم بتنفيذ الالتزام لا بوجوده (١) .

ويترتب على ذلك أن مبدأ سريان التقادم بالنسبة إلى ضمان الاستحقاق هو من الوقت الذى يثبت فيه الاستحقاق بحكم نهائى ، ذلك أن التزام اليافع بضمان

(١) استئناف مخطط ٣ مارس سنة ١٩٢٧ م ٢٩ ص ٣٠٢ — ويملأ بعض الفقهاء تأخر سريان التقادم إلى وقت تحقق الشرط تأخيراً ، فيلجئون إلى أن سريان التقادم يكون موقوفاً بموجب القاعدة التى تقضى بوقف التقادم حيث يتعلم عل الدائن قطعه *Contra non valentem agere non currit praescriptio* ، وسنعرض لهذه القاعدة فيما يلى . وقد بين بودرى وتيسيه خطأ هذا الرأى ، فإن الدائن يستطيع قطع التقادم قبل تحقق الشرط ، لأن قطع التقادم من الأعمال التحفظية التى يستطيع أن يقوم بها الدائن تحت شرط واقف (بودرى وتيسيه فقرة ٢٨٩) .

استحقاق المبيع هو التزام معلق على شرط واقف ويتحقق الشرط بثبوت استحقاق المبيع ، فيبدأ سريان التقادم من وقت ثبوت استحقاق المبيع بالحكم النهائي (١) .

وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٣٨١ مدني ، كما رأينا ، على الأحكام المتقدم ذكرها ، فقالت : « وبخاصة لا يسرى التقادم بالنسبة إلى دين معلق على شرط واقف إلا من الوقت الذي يتحقق فيه الشرط ، وبالنسبة إلى ضمان الاستحقاق إلا من الوقت الذي يثبت فيه الاستحقاق (٢) » .

(١) استئناف وطني ٢٠ مارس سنة ١٩١٧ المجموعة الرسمية ١٨ رقم ٦٨ ص ١١٨ — استئناف مختلط ٢٤ مارس سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٢٢٢ — بودري وتيسيه فقرة ٣٩٣ .
أما ضمان الترض فيبدأ سريان التقادم فيه من وقت حصول الترض (نقض مدني ٥ ديسمبر سنة ١٩٤٠ مجموعة محر ٢ رقم ٧٩ ص ٢٨٠ — استئناف مختلط ٣٠ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ١١٣ — ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٣٨ — ١٣ أبريل سنة ١٩٣٧ م ٩٩ ص ١٩٢) .
وقد قضت محكمة النقض أيضاً بأن حق المشتري في رفع دعوى الضمان على البائع (أي ضمان الترض) لا يتوقف وجوده على صدور حكم نهائي بنزع ملكية المشتري من العقار المبيع ، بل يكفي لنشوء هذا الحق أن يحرم المشتري فعلاً من العقار المبيع لأي سبب سابق على البيع لم يكن له يد فيه أو ليس في مقدوره دفعه . وإذا كانت مدة التقادم المسقط للحق لا تقتضى إلا من وقت وجود هذا الحق ، كان التقادم في دعوى الضمان يسرى من تاريخ المنازعة في الملك على المعنى السابق بيانه (نقض مدني ٢٨ أبريل سنة ١٩٣٢ مجموعة محر ١ رقم ٤٧ ص ٩٩) . ونرى من ذلك أن التقادم بالنسبة إلى ضمان الترض يسرى أولاً ، فإذا أحقبت الترض استحقاق سري تقادم جديد بالنسبة إلى ضمان الاستحقاق من وقت صدور الحكم النهائي باستحقاق المبيع ، حتى لو كان التقادم بالنسبة إلى ضمان الترض قد اكتمل قبل ذلك .
وأما ضمان العيب الحق فبدأ مدة السقوط فيه من وقت العلم اليقيني بالعيب وذلك في عهد التفتين المدني السابق : م ٤٠٢/٣٢٤ (نقض مدني ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٤٧ ص ٣٠٧) ، ويسرى التقادم فيه في عهد التفتين المدني الجديد من وقت تسليم المبيع إلى المشتري (انظر المادة ٤٥٢ من التفتين المدني الجديد) .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى : « ويبدأ سريان التقادم من الوقت الذي يصبح فيه الدين مستحق الأداء ، وتحتسب المدة من أول يوم كامل يلى هذا الوقت . ولا يسرى التقادم طبقاً لهذه القاعدة ، بالنسبة لدين معلق على شرط موقوف ، إلا من وقت تحقق الشرط . وكذلك يكون الحكم في ضمان الاستحقاق بوصفه التزاماً شرطياً ، يتوقف وجوده على نجاح الترض في دعواه » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٢٥) .

أما الدين المعلق على شرط فاسخ ، فانه نافذ منذ وجوده . ويبقى نافذاً إلى أن يتحقق الشرط الفاسخ ، فإذا تحقق الشرط زال الالتزام بأثر رجعي . ويرتب على ذلك أن مبدأ سريان التقادم بالنسبة إلى الدين المعلق على شرط فاسخ يكون من وقت نفاذه ، أى قبل تحقق الشرط الفاسخ . فإذا اكتمل التقادم قبل تحقق الشرط ، سقط الالتزام بالتقادم سواء تحقق الشرط أو لم يتحقق . أما إذا لم يكتمل التقادم وتحقق الشرط الفاسخ ، فقد زال الالتزام بأثر رجعي كما قدمنا . وإذا تبين أن الشرط الفاسخ لن يتحقق وأصبح الالتزام بائناً ، بقى التقادم سارياً منذ بدأ ، إلى أن يتكامل أو إلى أن ينقطع (١) .

٦١٧ - مبدأ سريانه التقادم بالنسبة إلى دين مؤجل : وتطبيقاً للقاعدة العامة أيضاً في مبدأ سريان التقادم ، يبدأ سريان التقادم بالنسبة إلى الدين المؤجل من وقت حلول الأجل ، بانقضائه أو بسقوطه أو بالزول عنه ممن له مصلحة فيه . ذلك أن الدين يصبح مستحقاً من وقت حلول الأجل ، فمن هذا الوقت يبدأ سريان التقادم . ويستمر في ذلك، أن يكون الأجل صريحاً أو ضمناً ، معيناً أو غير معين ، اتفاقياً أو قانونياً أو قضائياً .

فإذا كان الدين مقسطاً ، فكل قسط يعتبر ديناً مستقلاً بذاته ، ويسرى التقادم بالنسبة إلى كل قسط من وقت حلول هذا القسط . (٢)

كذلك الديون الدورية بوجه عام ، كالأجر والأجور والفوائد وأقساط الإيراد ، فهي تحل في مواعيد دورية . وكل دفعة منها تحل ، يبدأ سريان التقادم بالنسبة إليها من وقت حلولها . ولا يتوقف سريان التقادم بالنسبة إلى أية دفعة على سريانه بالنسبة إلى الدفعات الأخرى ، بل كل دفعة تعتبر ديناً قائماً بذاته مستقلاً بالنسبة إلى التقادم وإلى مبدأ سريانه (٣) . وقد طبقت الفقرة

(١) بلانيول وريبير وردوان ١ فقرة ١٣٥٤ .

(٢) استئناف مختلط ٩ أبريل سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٢٣٤ .

(٣) استئناف مختلط ٨ يونيو سنة ١٩٢٣ م ٤٥ ص ٣١٠ - ٧ مايو سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٥٨ - وذلك حتى لو وجد شرط بحلول الأقساط جميعها عند التأخر في دفع قسط منها وتحقق الشرط، فإن التقادم لا يسرى في حق الأقساط الباقية إلا عند حلول مواضعها الأصلية، -

الأول من المادة ٣٧٩ مدنى هذا المبدأ ، بالنسبة إلى حقوق أصحاب المهن الحرة وحقوق التجار والصناع والعمال والخدم والأجراء ، فنصت كما رأينا على أن يبدأ سريان التقادم فى الحقوق المذكورة فى المادتين ٣٧٦ و ٣٧٨ من الوقت الذى يتم فيه الدائون تقديماتهم ، ولو استمروا يؤدون تقديمات أخرى (١) .

والالتزام بدفع إيراد مرتب غير الالتزام بدفع أقساط هذا الإيراد . فالالتزام بدفع كل قسط من أقساط الإيراد يبدأ سريان التقادم بالنسبة إليه من وقت حلول هذا القسط كما قدمنا . أما الالتزام بدفع الإيراد ، فى ذاته ، دون نظر إلى أقساطه ، فيتقادم من وقت وجوده ، لأنه من ذلك الوقت يكون نافذاً ، حتى قبل حلول أى قسط من أقساطه . فإذا انقضى منذ وجود الالتزام بدفع الإيراد مدة التقادم ، سقط الالتزام (٢) . والمفروض فى هذه الحالة أن أى قسط من أقساط هذا الإيراد لم يدفع ، لأنه لو دفع قسط منها فقد انقطع التقادم ، وبدأ تقادم جديد يسرى منذ الانقطاع دون حاجة لانتظار حلول قسط تال . ويلاحظ أيضاً أن مدة التقادم تبدأ فى هذه الحالة منذ وجود الالتزام بالإيراد دون حاجة لانتظار حلول أول قسط منه ، فقد لا يحل إلا بعد سنة ، فيتقادم الالتزام بالإيراد بعد خمس عشرة سنة من وجوده ، أى بعد أربع عشرة سنة من حلول أول قسط (٣) . ويتقادم كل قسط من أقساط الإيراد ،

= واشتراط حلولها عند التأخر فى دفع قسط إنما هو شرط فى مصلحة الدائن ، فلا يضاربه بتقديم مبدأ سريان التقادم (استئناف مختلط ٦ يوفيه سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٤٤٦ — ١٥ مايو سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٩٧ — التنازى ١٥ أكتوبر سنة ١٩٠١ المجموعة الرسمية ٣ رقم ٢٨ ص ٨٩ — انظر مكن ذلك : استئناف مختلط ٢١ أبريل سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٥٩) .

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع النهي : « ويسرى التقادم فى الديون المدوية — كالفوائد وأقساط الديون — من تاريخ استحقاق كل دين منها بدته » (مجموعة الأعمال التشريعية ٣ ص ٣٢٦) . وانظر أيضاً بلاتويل وريبير وردوان ٧ فترة ١٣٥٦ ص ٧٦٩ — ص ٧٧٠ .

(٢) بودرى وتيسيه فترة ٢٨٢ .

(٣) انظر فى هذا المعنى لوران ٢٢ فترة ١٣ — جيلوارد ٢ فترة ٧٥ — بودرى وتيسيه فقرم ٣٨٢ — كولان وكايتان ٢ فترة ٦٠٧ — ويذهب فقهاء آخرون إلى أن التقادم بالنسبة إلى الالتزام بالإيراد لا يبدأ سريانه إلا من وقت حلول أول قسط ، لأن الالتزام بالإيراد إنما يتمثل فى أقساطه ، فلا يستطيع الدائن أن يطالب بشئ إلا بعد حلول أول قسط ، =

وهى ديون دورية ، بانقضاء خمس سنوات من وقت حلول القسط .

وقد يكون تحديد الأجل . موكولا إلى تقدير القاضي ، كما إذا اتفق الدائن والمدين على أن يكون الدفع عند المقدرة ، فعند ذلك يحدد القاضي الأجل الذى يعتبر الدين حالا بعد انقضائه . فلا يسرى التقادم فى هذه الحالة إلا اذا حدد القاضي الأجل وانقضى الأجل المحدد ، فنذ انقضائه يبدأ سريان التقادم (١) .

٦١٨ - مبدأ سريانه التقادم اذا لم يعبأ الاستئناف متوقفا

على إرادة الرأى : وقد غنى المشرع بالنص على مبدأ سريان التقادم إذا

— فن هذا الوقت فقط يصبح الالتزام مستحق الأداء (كوابه دى سانتير ٨ فقرة ٢٧٠ مكررة راجها — بلانيرول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٥٣) .

(٧) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي فى هذا الصدد : « فإذا كان تحديد الأجل موكولا إلى القاضي — كما هى الحال فى الالتزام بالدفع عند الانتداز — تعين التريث حتى يتم هذا التحديد وتنقضى المدة المحددة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٢٥) .

وقد يكون تحديد الأجل موكولا إلى القيام بإجراء معين ، كما فى دعوى إعادة البيع على الرأى عليه المزداد ، فلا يسرى التقادم بالنسبة إلى هذه الدعوى إلا من وقت إعلان الرأى عليه المزداد بقائمة التوزيع مع التنبيه عليه بالدفع وإلا أعيد البيع عليه (استئناف مخطط ٢٢ يونيه سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٩٧) .

وإذا لم يعين القرض أجل يرد بعد انقضائه ، اعتبر حالا ، وبدأ سريان التقادم فيه من يوم وجوده (استئناف مخطط ه أبريل سنة ١٩١٧ المجموعة الرسمية ١٨ رقم ١/٩١ ص ١٦١) . وفى أصبح الدين مستحق الأداء ، فلا يحول دون سريان التقادم صعوبة فى استيفائه ، ما لم تكن هذه الصعوبة من شأنها أن تقف سريان التقادم . وقد قضت محكمة النقض بأن دين الأجرة الذى يستحق دفعه على المستأجر وضامنيه فى تاريخ انتهاء العقد تبدأ مدة التقادم بالنسبة إليه من اليوم التالى لذلك التاريخ . ولا يؤثر فى ذلك تملل المؤجر (وزارة الأوقاف) الذى وضعت الأرض المؤجرة تحت حراسته لعدم سداد الأجرة بأنه لم يكن متمسكاً من المطالبة بالدين لعدم معرفه حقيقة مقداره بسبب عدم تصفية حساب الحراسة ، فإن هذا لا يمد قوة قاهره منتهى المطالبة بالدين (نقض مدنى ٣ فبراير سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ٩٢ ص ٢٧٢) . ومع ذلك فقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا تعين المؤجر حارساً قضائياً على العين المؤجرة ، لم يبدأ ميعاد سقوط الحق بالمطالبة بالأجرة إلا من تاريخ انتهاء الحراسة . وليس للمستأجر أن يدفع بسقوط الحق لمضى أكثر من خمس سنوات من تاريخ عقد الإيجار ، لأن التقادم لا يبدأ إلا من الوقت الذى يمكن الدائن فيه أن يطالب بحقه ، ولا يستطيع المؤجر اتخاذ إجراءات تنفيذية عن دين الأجرة ما دامت عملية الحراسة لم تنته (٢٨ مايوسنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣١ رقم ١٤٣ ص ٣٦٧ - الحماة ١١ رقم ٩٦ ص ١٥٨) .

كان ميعاد استحقاق الدين متوقفاً على إرادة الدائن ، كما هو الأمر في سند مستحق الأداء عند تقديمه (à vue) ، أى عند ما يتقدم به الدائن للمدين مطالباً بالوفاء . فنصت الفقرة الثالثة من المادة ٣٨١ مدني ، كما رأينا ، على أنه إذا كان تحديد ميعاد الوفاء متوقفاً على إرادة الدائن ، سرى التقادم من الوقت الذي يتمكن فيه الدائن من إعلان إرادته . ذلك أنه إذا تأخر مبدأ سريان التقادم إلى الوقت الذي يختاره الدائن لتقديم السند إلى المدين ومطالبتة بوفائه ، كان أمر سريان التقادم موكولاً إلى محض إرادة الدائن ، وهذا لا يجوز ، وإلا أمكن أن يكون الدين غير قابل للتقادم (١) . فجعل النص مبدأ سريان التقادم من الوقت الذي يتمكن فيه الدائن من المطالبة بالوفاء (٢) ، سواء طالب فعلاً بالوفاء أو لم يطالب ، حتى لا يتحكم في الوقت الذي يبدأ فيه سريان التقادم . والوقت الذي يتمكن فيه الدائن من المطالبة بالوفاء يكون عادة وقت إنشاء الالتزام (٣) ، ما لم يثبت الدائن أنه لم يكن في استطاعته المطالبة بالوفاء

(١) انظر آنفاً فقرة ٥٠ في الهامش وفترة ٦٦ في الهامش - بلانيول وريبير وردوان
٧ فقرة ١٣٥٢ ص ٧٦٧ .

(٢) استئناف مصر ٢٨ مايو سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٩٦ ص ١٥٨ .

(٣) استئناف مخطط ٧ مارس سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ١٨٧ - ٢٤ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٨٤ - طنطا ٢٠ يناير سنة ١٩٢٩ المجموعة الرسمية ٣٠ رقم ٧١ ص ١٦٨ - وقد قضت محكمة الاسكندرية بأن مدة سقوط الودائع تبرأ من يوم حلول الأجل إن كانت لأجل أو تحقق الشرط إن كانت معلقة على شرط ، أو من يوم فسخ الزواج إن كانت متنازعا فيها . وفي غير ذلك يبدأ سقوط الحق في طلب ردها من يوم الإيداع (١١ مارس سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٣٨٤ ص ٧٧٩) .

هذا وقد يتفق على أن المدين يمتنع عليه الوفاء بالمدين في خلال مدة معينة من مطالبة الدائن له بالوفاء ، في هذه الحالة أيضاً يبدأ سريان التقادم من وقت وجود الالتزام ، وإلا تحكم الدائن في تحديد الوقت الذي يبدأ فيه سريان التقادم (بودري وتيسيه فقرة ٣٩٠ - وانظر آنفاً فقرة ٥٠ في الهامش وفترة ٦٦ في الهامش) . وهناك رأى يقضي إلى أن الالتزام في هذه الحالة لا يعتبر مستحق الوفاء إلا بعد انقضاء المدة المعينة التي يمتنع على المدين الوفاء في خلالها ، فتضاف هذه المدة إلى مدة التقادم ، على ألا تكون هي ذاتها مدة تقادم ، بل تكون أجلاً لاستحقاق الدين ، فلا تنقطع ولا يقف سريانها (انظر أوبري ورو ٢ فقرة ٢١٣ ص ٤٥١ هامش رقم ٨ - جيلوارد فقرة ٧٢ وفترة ١٣٣ - وانظر المادة ١٩٩ من التقنين المدني الألماني وسأل في التعليقات على التقنين المدني الألماني جزء أول مادة ١٩٩ ص ٢٨٢ فقرة ٦) .

إلا في تاريخ لاحق (١) .

وبمخلص مما تقدم أن مبدأ سريان التقادم لا يجوز أن يترك لحض إرادة الدائن يتحكم في تحديد كذا يشاء . كذلك لا يجوز أن يترك مبدأ سريان التقادم حتى إلى اتفاق يتم بين الدائن والمدين ، إذ لو جاز ذلك لاستطاع أن يصل بطريق غير مباشر إلى النزول عن التقادم قبل اكتماله ، بأن يؤخر مبدأ السريان مستمرين على تأخير ، والنزول عن التقادم قبل اكتماله لا يجوز كما سنرى .

ولما الجائز هو أن يتفق الدائن والمدين على اعتبار سلسلة من الصفقات مرتبطة بعضها ببعض كأنها صفقة واحدة لا تنجز ، فلا يسرى التقادم إلا بعد أن تم حلقات هذه السلسلة . وبذلك يتأخر مبدأ سريان التقادم بالاتفاق حتى تم آخر حلقة من هذه الصفقات (٢) . وقد يستخلص هذا الاتفاق من طبيعة الوضع القائم ، فالالتزامات الناشئة عن عقد الوكالة لا يبدأ سريان التقادم فيها إلا من وقت انقضاء هذا العقد (٣) .

٦١٩ - مبدأ سريانه التقادم بالنسبة إلى الديون المحتملة :

والدين يكون احتمالاً ، كما قلنا ، إذا كانت عناصر وجوده لم تتكامل . فالالتزام بالتعويض عن عمل غير مشروع يبقى احتمالاً حتى لو وقع العمل غير المشروع ما دام الضرر لم يتحقق ، فإذا ما تحقق الضرر انقلب الالتزام من التزام احتمالي إلى التزام محقق . والالتزام بالرصيد في الحساب الجاري يبقى التزاماً احتمالاً حتى يقفل الحساب ويتحدد الرصيد لمصلحة أحد الطرفين ، فعند ذلك ينقلب الالتزام إلى التزام محقق .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في هذا الصدد : « وإذا كان الأجل متوقفاً على إرادة الدائن - كما هو الشأن في سند مستحق الرقعة عند الإطلاع - بدأ سريان التقادم من اليوم الذي يتمكن فيه الدائن من الإنصاح عن هذه الإرادة ، أي من يوم إنشاء الالتزام ما لم يتم الدليل على أنه لم يكن في استطاعته أن يطالب بالدين إلا في تاريخ لاحق ، (مجموعة الأعمال التشريعية ٣ من ٣٢٥ - ص ٢٢٦) .

(٢) بلانبول وديوير وردوان ٧ فقرة ١٣٥٨ .

(٣) استئناف غخط ٢٣ مايو سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٣٠٦ - ٢٥ يناير سنة ١٩٠٥ م ١٧

ص ٨٩ - ٢ يونيو سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢٦٢ - ٩ أبريل سنة ١٩١٠ م ٥٢ ص ٢١٩ .

وغنى عن البيان أن التقادم لا يمكن أن يسرى بالنسبة إلى الالتزام الاحتمالى ، لأنه التزام غير نافذ ، بل هو التزام غير موجود حالا وإن احتمل وجوده استقبالا . ولا يبدأ سريان التقادم بالنسبة إليه ، إلا من وقت أن يتقلب من التزام احتمالى إلى التزام محقق . ومن ثم لا يبدأ سريان التقادم ، بالنسبة إلى الالتزام الاحتمالى بالتعويض ، إلا من وقت تحقق الضرر . ولا يبدأ سريان التقادم ، بالنسبة إلى الالتزام الاحتمالى بدفع وصيد الحساب الجارى ، إلا من وقت إقفاله وترصيده (١) .

المبحث الثالث

وقف التقادم

(Suspension de la prescription)

٦٢٠ - التمييز بين وقف سريانه التقادم وتأخير سريانه التقادم:

قد يعرض من الأسباب ما يقف سريان التقادم بعد أن يكون قد بدأ ، وعند ذلك لا تحسب المدة التى وقف فيها سريان التقادم ، ونحسب المدة التى سبقت والمدة التى تلت . فوقف سريان التقادم يفترض إذن أن التقادم قد بدأ سريانه ، ثم وقف لسبب معين . أما تأخير سريان التقادم فيفترض أن التقادم لم يبدأ سريانه لعدم استحقاق الدين ، وسيبدأ السريان بمجرد الاستحقاق ، وهذا ما عرضنا له عند الكلام فى بدء سريان التقادم .

ولكن من الجائز أن يقوم سبب يقف سريان التقادم منذ البداية ، أى قبل أن يبدأ السريان ، فعند ذلك يختلط وقف سريان التقادم بتأخير سريانه .

(١) استئناف مخطوط ١٧ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٢٢٠ - وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « أما الحساب الجارى فلا يبدأ سريان التقادم فيه إلا من تاريخ ترصيده » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٢٦) . وانظر أيضاً بلانويل وريجر ودودان ٧ ققرة ١٣٥٥ .

على أنه لا يزال هناك فرق بين الأمرين حتى في هذه الحالة . ففي صورة وقف سريان التقادم تنتهى المدة التى وقف فيها السريان بزوال سبب الوقف ، أما فى صورة تأخير سريان التقادم فلا تنتهى المدة إلا بحلول الميعاد الذى يستحق فيه الدين (١) .

ومهما يكن من أمر ، فإن وقف التقادم إذا صح أن يعترض التقادم بعد بدء سريانه أو يقع منذ البداية ، فإن تأخير سريان التقادم لا يقع إلا منذ البداية ولا يتصور وقوعه معترضاً سريان التقادم بعد أن بدأ .

٦٢١ - النصوص القانونية : تنص المادة ٣٨٢ من التقنين المدنى على ما يأتى :

- ١ - لا يسرى التقادم كلما وجد مانع يتعلم معه على الدائن أن يطالب بحقه ولو كان المانع أدبياً . وكذلك لا يسرى التقادم فيما بين الأصيل والنائب .
- ٢ - ولا يسرى التقادم الذى تزيد مدته على خمس سنوات فى حق من لا تتوافر فيه الأهلية أو فى حق الغائب أو فى حق المحكوم عليه بعقوبة جنائية إذا لم يكن له نائب يمثل قانوناً (٢) .

(١) بودرى وتيسيه فقرة ٣٨٥ وفقرة ٤١٦ - ويميز بودرى وتيسيه بين الأمرين ، فى التقادم المكسب ، ويوضحان ذلك بمثل خاص بالقانون الفرنسى . فيقرعان أن شخصاً وضع يده على عقار مملوك لبنت قاصر ، تزوجت بعد ذلك تحت نظام « الدوطة » . فلو قيل إن التقادم بدأ سريانه ثم وقف ، فإنه يستأنف السريان بمجرد بلوغ الزوجة سن الرشد ، لأن التقادم يسرى على « الدوطة » متى كاتب قد بدأ قبل الزواج (م ١٥٦١ فرنسى) . أما إذا قيل إن التقادم تأخر سريانه ولم يبدأ قبل الزواج ، فإنه لا يسرى ببلوغ الزوجة سن الرشد ، ولا يسرى إلا عند انقضاء الزواج (بودرى وتيسيه فقرة ٤١٦) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٩٠ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى :

- ١ - لا يسرى التقادم فى حق من لا تتوافر فيه الأهلية إذا لم يكن له نائب يمثل قانوناً . ومع ذلك يسرى التقادم فى حقه إذا كانت المدة خمس سنوات أو أقل .
- ٢ - ولا يسرى التقادم كذلك فيما بين الأصيل والنائب ، ولا فيما بين السيد والخادم . ويوجه هام لا يسرى التقادم كلما وجد مانع يستحيل معه على الدائن أن يطالب بحقه فى الوقت المناسب ، ولو كان المانع أدبياً . وفى لجنة المراجعة عدل النص على نحو جملة مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا أن الفقرة الثانية من المشروع كانت تتضمن فى آخرها العبارة الآتية : « ومع ذلك يسرى التقادم =

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المواد ١١٢/٨٣ و ١١٤/٨٥ و ٢٦٩/٢٠٥ (١).

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٣٧٩ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٦٩ - وفي التقنين المدني العراقي المادتين ٤٣٥ - ٤٣٦ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المواد ٣٥٤ - ٣٥٦ (٢).

= في حقه إذا كانت المدة خمس سنوات أو أقل ، وأصبحت المادة رقمها ٣٩٥ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ حذفت العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية ، لأن حكمها مستفاد بطريق القياس العكسي من سائر أجزاء النص ، وأصبح رقم المادة ٣٨٢ ، ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٣٢٧ - ص ٣٣١) .

(١) التقنين المدني السابق م ١١٢/٨٣ : لا تثبت الملكية مطلقاً بمضي المدة الطويلة ولا يعتبر حكمها بين المورث والمورث في جميع ما هو داخل ضمن التوكيل .

م ١١٤/٨٥ : وكذلك لا تسرى على مفقود الأهلية المذكورة أحكام ما عدا ذلك من أنواع تلك المدة الطويلة ، متى كان المعتبر فيها أزيد من خمس سنوات .

م ٢٦٩/٢٠٥ : القواعد المقررة للملك بمضي المدة ، من حيث أسباب انقطاعها أو إيقاف سريانها ، تتبع أيضاً في التخلص من الدين بمضي المدة .

() وتختلف أحكام التقنين المدني السابق عن أحكام التقنين المدني الجديد فيما يأتي : ١ - كان التقادم يقف في التقنين المدني السابق حتى لو كان لناقص الأهلية نائب يمثله قانوناً . ٢ - كانت أسباب وقف التقادم في التقنين المدني السابق محصورة في نقص الأهلية وعلاقة الوكالة بحسب النص ، فأق التقينين المدني الجديد بنص عام بوجبه يقف التقادم كلما وجد مانع ، ولو أدبي ، يمتنع منه على الدائر أن يطالب بمحقه) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنينات المدني السوري م ٣٧٩ (مطابقة للمادة ٣٨٢ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٣٦٩ (مطابقة للمادة ٣٨٢ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٤٣ : ١ - تقف المدة المقررة لعدم سماع الدعوى بالمدر الشرعي ، كأن يكون المدعى صغيراً أو عبوراً وليس له ولي ، أو غائباً في بلاد أجنبية نائية ، أو أن تكون الدعوى بين الزوجين ، أو بين الأصل والفروع ، أو أن يكون هناك مانع آخر يستحيل منه على المدعى أن يطالب بمحقه . ٢ - والمدة التي تمضي مع قيام المدر لا تعتبر .

م ٤٣٦ : إذا ترك بعض الورثة الدعوى بدين مورثهم من غير حذر المدة المقررة ، وكان لباقي الورثة عذر شرعي ، تسمح دعوى هؤلاء بقدر حصصهم من الدين .

(أحكام التقنين العراقي متفقة مع أحكام التقنين المصري ، فيما عدا أن التقنين العراقي يقف التقادم النسبة إلى ناقص الأهلية إذا لم يكن له نائب يمثله قانوناً في جميع مدد التقادم ، لا في المدة =

ويخلص من هذا النص أن التقنين المدني الجديد قد استحدث تعديلاً هاماً في أسباب وقف التقادم ، فبعد أن كانت هذه الأسباب مذكورة على سبيل الحصر في التقنين المدني السابق أسوة بالتقنين المدني الفرنسي ، أصبحت في التقنين الجديد سبباً عاماً يندرج تحته كثير من الأسباب ، فكلما وجد مانع يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه ، يقف سريان التقادم ، ولو كان هذا المانع أدبياً .

وحق نلذك مدى العموم الذي استحدثه التقنين الجديد ، يحسن أن نستعرض أولاً أسباب وقف سريان التقادم في التقنين المدني الفرنسي ، ثم ننقل بعد ذلك إلى أسباب الوقف في التقنين المدني المصري .

٦٢٢ - أسباب وقف التقادم في التقنين المدني الفرنسي :
عدد التقنين المدني الفرنسي أسباب وقف التقادم على سبيل الحصر (١) ، وهي طائفتان من الأسباب :

= التي تزيد على خمس سنوات فحسب . انظر الأستاذ حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراق فقرة ٣٩٢ - فقرة ٣٩٣ .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٢٥٤ : لا يسرى حكم مرور الزمن ، وإذا كان سارياً وقف : ١ - بين الزوجين في مدة الزواج . ٢ - بين الأب والأم وأولادها . ٣ - بين فاقد الأهلية أو الشخص المعنوي من جهة ، والوصى أو القيم أو ولي الإدارة من جهة أخرى ما دامت لم تنقطع مهمتهم ولم يؤدوا حساب إدارتهم على وجه نهائي . ٤ - بين السيد والخدم ما دام عقد الاستخدام قائماً .

م ٣٥٥ : إن حكم مرور الزمن ، في حق الفاسدين غير المهررين وسائر فاقد الأهلية الذين ليس لهم وصى أو مشرف قضائي أو ولي ، يقف إلى ما بعد بلوغهم سن الرشد أو تحريرهم أو إقامة وكيل شرعي عنهم .
م ٣٥٦ : ويقف أيضاً حكم مرور الزمن بوجه عام لمصلحة الدائن الذي استحاله عليه قطعه لسبب لم يكن فيه مختاراً .

(وأحكام التقنين اللبناني تتفق مع أحكام التقنين المصري ، فيما عدا أن التقادم يقف لصالح ناقصي الأهلية الذين ليس لهم نائب يمثلهم قانوناً في جميع مدد التقادم ، وليس فحسب في المدد التي تزيد على خمس سنوات كما هو الأمر في التقنين المصري) .

(١) والمادة ٢٢٥١ من التقنين المدني الفرنسي هي التي تبين أن أسباب وقف التقادم مذكورة في فصوص القانون على سبيل الحصر (بودرى وتيسيه فقرة ٣٦٦) ، وإن اختلف القضاء مع الفقه ، في فرنسا ، على تحديد معنى الحصر ، كما سترى .

(الطائفة الأولى) هم القصر والمحجورون (١) (م ٢٢٥٢ مدنى فرنسى) ،
فهؤلاء لا يسرى فى حقهم التقادم إذا كانت مدته تزيد على خمس سنوات ،
ما دام نقص الأهلية قائماً . ويستوى أن يكون للقصر والمحجورين من يمثلهم
قانوناً كولى أو وصى أو قيم أو لم يكن لهم ممثلون ، ففى الحالتين يقف سريان
التقادم فى حقهم . وينتقد الفقه الفرنسى هذا الحكم ، ويؤثر ألا يقف سريان
التقادم فى حق القصر والمحجورين ، أو فى القليل لا يقف سريانه إذا كان لهم
من يمثلهم قانوناً إذ وجد من يستطيع المطالبة بحقوقهم ، فان أهل من يمثلهم
فى المطالبة بحقوقهم استطاعوا الرجوع عليه بالتعويض . هذا إلى أن الأساس
الذى يقوم عليه التقادم إنما هو تثبت الأوضاع التى بقيت قائمة زمناً طويلاً
حتى يستقر التعامل ، وليس غرضه الجوهرى عقاب الدائن المهمل ، فتتحقق
حكمته سواء كان الدائن كامل الأهلية أو ناقصها (٢) .

(الطائفة الثانية) هم الطائفة الذين تستوجب علاقتهم بالمدينين وقف سريان
التقادم فى حقهم ، وهؤلاء هم : ١ - الزوجان (م ٢٢٥٣ مدنى فرنسى) ،
ولا يسرى التقادم فيما بينهما ، وإلا لاضطر كل منهما أن يقاضى الآخر حتى
يقطع التقادم ، فيتعكر صفو السلام فى الأسرة (٣) . ٢ - الوارث الذى قبل
الميراث مع الاحتفاظ بحقه فى الجرد sous bénéfice d'inventaire (م ٢٢٥٨
مدنى فرنسى) . فهذا الوارث إنما قبل الميراث على أن تفصل أموال التركة
عن أمواله الشخصية ، وعلى ألا يكون مستولاً عن ديون التركة إلا بقدر ما لها
من حقوق . فإذا كان دائناً للتركة ، فان حقه لا يزول بانحداء الدية ، لأنه لم يرث
ديون التركة بعد أن انفصلت عن أمواله . وما دام حقه لا يزول ، فقد أصبح
هذا الحق عرضة للتقادم ، إلا إذا قاضى الوارث التركة مطالباً به . وقد رأى
المشرع الفرنسى ، فى سبيل منع الوارث من مقاضاة التركة وما فى ذلك من تعارض
مع واجباته باعتبار أنه هو المدير للتركة والممثل لها ، وتوقياً لمصروفات المقاضاة

(١) ويسرى التقادم فى حق المرأة المتزوجة ، إلا فى حالات محصورة حددها القانون
(انظر المواد ٢٢٥٤ — ٢٢٥٦ من التفتين المدنى الفرنسى) .

(٢) يؤدى وتيسيه فقرة ٣٦٨ .

(٣) يؤدى وتيسيه فقرة ٤٤٤ — فقرة ٤٤٦ مكررة .

كما يضر بمصلحة الدائنين الآخرين ومصلحة الوارث نفسه ، أن يقف سريان التقادم في حق هذا الوارث حتى لا يضطر إلى مقاضاة التركة (١) .

هذه هي أسباب وقف التقادم في التقنين المدني الفرنسي ذكرت على سبيل المحصر ، فلا يجوز التوسع فيها ولا القياس عليها . وبخاصة لا يجوز ، في نظر الفقه الفرنسي ، الرجوع إلى قاعدة تقليدية كانت معروفة في القانون الفرنسي القديم ، وكانت تقضي بأن يوقف التقادم حيث يتعذر على الدائن أن يقطع سريانه (contra non valentem agere non currit praescriptio) ، فأى مانع يتعذر معه على الدائن أن يقطع التقادم يكون سبباً لوقف سريانه . ولم ينقل التقنين المدني الفرنسي هذه القاعدة ، بل هو على العكس من ذلك أنكرها في وضوح عند ما قرر في المادة ٢٢٥١ أن التقادم يسرى في حق كل شخص إلا إذا كان الشخص مستثنى بمقتضى نص في القانون (٢) . ولكن القضاء الفرنسي لم يساير

(١) بودرى وتيسيه فقرة ٤٤٧ - ولكن سريان التقادم لا ينتف فيما للتركة من حقوق في ذمة الوارث ، على أن الوارث - وهو المكلف بإدارة التركة ومن ذلك قطع التقادم - لا يستطيع أن يمسك بالكامل تقادم كان من واجبه أن يقطعه ، ولا يجوز له أن يفيد من خطأ هو المسئول عنه (بودرى وتيسيه فقرة ٤٥٣) .

(٢) وهذا هو النص في أصله الفرنسي Art. 2251 : La prescription court contre toutes personnes, à moins qu'elles ne soient dans quelque exception établie par une loi.

ويأبى الفقه الفرنسي الأخذ بالقاعدة التقليدية القديمة ، فلا يسلم بوقف التقادم حيث يتعذر على الدائن أن يقطع سريانه . فإن هذه القاعدة قامت في القانون الفرنسي القديم على أساس أن التقادم إنما وجد لمقاب الدائن المجهل ، وقد ثبت أنه لم يجهل ، بل كان من المتعذر عليه أن يطالب بمحقه ، فلم يمد هناك محل لسقوط حقه بالتقادم . وكان الفقهاء الأولون الذين قالوا بهذه القاعدة في القانون الفرنسي القديم يتصورونها على الموانع القانونية التي تحول دون أن يطالب الدائن بمحقه ، ولكن مالبت القاعدة أن اتسعت حتى شملت الموانع القانونية والموانع المادية جميعاً ، فأنطوى في القاعدة جميع الأحوال التي يتعذر فيها على الدائن أن يطالب المدين بمحقه ، من قصر وجنون وحجر وشرط وأجل وتيمام حرب وانقطاع مواصلات وغية متقطعة وجعل بالحق وقوة القاهرة وحادث فجائي وغير ذلك . وكان للقانون الإسكنسي ، وقد قلنا أنه كان يزجج إلى التضييق من نطاق التقادم ، أثر كبير في توسيع القاعدة . ويذهب الفقه الفرنسي إلى أن التقنين المدني الفرنسي أراد القضاء على هذه القاعدة القديمة بما تجره من اضطراب ومتازعات ، ففصل في المادة ٢٢٥١ على أن التقادم يسرى في حق كل شخص إلا إذا كان الشخص مستثنى بمقتضى نص في القانون . فأسباب وقف التقادم إذن مذكورة في نصوص القانون على سبيل المحصر ، = (م ٦٨ - الوسيط)

الفقه فيما ذهب إليه ، بل قصر نص المادة ٢٢٥١ على أسباب وقف التقادم التي ترجع إلى حالة الشخص كما هو ظاهر النص ، فهذه الأسباب مذكورة على سبيل الحصر في نصوص القانون . أما الأسباب التي لا ترجع إلى حالة الشخص ، بل ترجع إلى ظروف خارجية ، فهي غير مذكورة على سبيل الحصر ، بل كان القضاء الفرنسي في شأنها أميل إلى تطبيق القاعدة التقليدية المشار إليها ، فأى مانع خارجي يتعذر معه على الدائن أن يقطع التقادم يكون سبباً لوقف سريانه (١) .

= وليست متفرعة عن قاعدة عامة كالقاعدة السالفة الذكر ، وأياً كان المانع الذي يطرأ معه على الدائن أن يطالب بحقه ، فإن هذا المانع لا يكون سبباً لوقف التقادم إلا إذا ورد به نص صريح في القانون . ويدعم الفقه الفرنسي منطقاً في هذه المسألة بأن التقادم لم يمد يقوم على فكرة عقاب الدائن المهل ، وهي الفكرة التي تعتبر من أقوى المبررات لقاعدة القاعدة التقليدية القديمة ، بل يقوم التقادم على فكرة تثبيت الأوضاع القائمة ودعم الثقة المشروعة حتى يستقر التعامل . وهي فكرة يستوى عندها أن يقوم مانع يحول دون أن يطالب الدائن بحقه أو لا يقوم ، ففي الحالتين ينبغي أن يسقط الحق بالتقادم حتى تنوطد الثقة المشروعة وتستقر الأوضاع القائمة - انظر في هذا المعنى تيسيه فقرة ٣٦٧ - فقرة ٣٦٨ - لوران ٣٢٢ فقرة ٢٧ - هيك ١٤ فقرة ٤١٥ - وقارن بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٧٩) . ويلعب أوربي ورو مع ذلك إلى الأخذ بالقاعدة التقليدية القديمة ، بشرط أن تكون مقصورة على الموانع القانونية وحدها ، فلا يمتد بالموانع المادية أسباباً لوقف التقادم إلا إذا ورد بها نص صريح في القانون (أوربي ورو ٢ فقرة ٢١٤ وهوامش ٢٩ إلى ٣٣) .

(١) وقد ذهب القضاء الفرنسي إلى أن المقصود بالمادة ٢٢٥١ مدق فرنسي هو القضاء على الامتيازات التي كان يتمتع بها بعض الأشخاص في القانون الفرنسي القديم ، كالكنيسة والمبنيات العامة وأماكن التاج ، فكان لا يجرى التقادم في حقها أو يجرى تقادم أطول (انظر آنفاً فقرة ٥٩٣) . ففرض النص بأن التقادم يجرى في حق كل شخص ، دون تمييز بين شخص وآخر ، ما لم يرد نص خاص يقف سريان التقادم بالنسبة إلى طائفة معينة من الأشخاص نظراً لحالة شخصية قائمة بها ، كما وردت المادة ٢٢٥٢ مدق فرنسي في خصوص القصر والمجهورين . أما إذا كان المانع الذي يتعذر به على الدائن أن يطالب بحقه لا يرجع إلى حالة شخصية ، فهذا أمر آخر لم تعرض له المادة ٢٢٥١ . ويطبق القضاء الفرنسي القاعدة القديمة - هذا النطاق - بعد أن يخرج الموانع التي ترجع إلى حالة شخصية فيجعلها خاضعة للمادة ٢٢٥١ . فنته إذا تعلق على الدائن أن يطالب بحقه ، بسبب حرب أو غزو أو ثورة أو انقطاع المواصلات أو إقتال الحاكم أو غيبة منقطعة أو جهل الدائن بحقه جهلاً مغلغلاً أو غير ذلك ، كان هذا كافياً لوقف سريان التقادم (انظر في القضاء الفرنسي بودري وتيسيه فقرة ٣٦٩ - فقرة ٣٧٧ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٧٩) . وهذا الاتجاه الذي سار فيه القضاء الفرنسي ، ومن شأنه أن يخفف من حدة ما قد يطوى عليه التقادم من انكار لحقوق ثابتة ، هو الذي أخذ به الصنيتين المدني المصري الجديد - كما سنرى .

٦٢٣ — أسباب وقف التقادم في التقنين المرفى المصرى : وإذا كان

التقنين المدنى المصرى السابق قد حذا حذو التقنين المدنى الفرنسى فى حصر أسباب وقف التقادم كما قدمنا ؛ فان التقنين المدنى المصرى الجديد قد عدل عن هذه المحاذاة ، وجعل التقادم يقف لا بالنسبة إلى ناقصى الأهلية والمحجورين فحسب ، ولا فيما بين الأصيل والنائب فحسب ، بل بوجه عام يقف سريان التقادم « كلما وجد مانع يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه ، ولو كان المانع أدبياً » . فجاءت هذه العبارة من حيث العموم والشمول بحيث تذكر بالقاعدة التقليدية فى القانون الفرنسى القديم التى سبقت الإشارة إليها ، والتى تقضى بأن يوقف التقادم حيث يمتد على الدائن أن يقطع سريانه . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « بيد أن أهم جديد أتى به المشروع فى هذا الصدد هو النص بصفة عامة على وقف سريان التقادم إذا كان ثمة مانع يستحيل معه على المدين أن يطالب بحقه فى الوقت المناسب ، ولو كان هذا المانع أدبياً . ولم ير لإيراد الموانع على سبيل الحصر — كالحرب وحالة الأحكام العرفية والأسر وصلة الزوجية والخدمة — على غرار ما فعلت بعض تقنينات أجنبية . بل عمم الحكم لتمشيه مع ما يقضى به العقل ، ولا سيما أن ضبط حدوده من طريق التطبيق غير عسير . وتطبيقاً لهذا الحكم يقف سريان التقادم بين الزوج وزوجه ما بقيت الزوجية قائمة ، وبين المحجور ومن ينوب عنه قانوناً مابقى قائماً على الإدارة ، وبين الشخص المعنوى ونائبه ما بقيت النيابة قائمة ، وبين الموكل والوكيل فيما يدخل فى حدود التوكيل ، وبين السيد والخادم طوال مدة التعاقد ، لأن بين كل من أولئك وكل من هؤلاء على التوالى صلة تبعث على الاحترام والثقة أو الرهبة يستحيل معها على الدائن أدبياً أن يطالب بحقه . وتجدر الإشارة إلى أن اتحاد الذمة مانع طبيعى من موانع سريان المدة ، فإذا زال السبب الذى أفضى إلى اجتماع صفى الدائن والمدين زوالاً مستنداً ، وعاد الدين إلى الوجود ، اعتبر التقادم قد وقف طوال الفترة التى تحقق الاتحاد فى خلالها (١) . »

(١) مجموعة الأعمال التشريعية ٣ ص ٢٢٩ — وانظر الأستاذ عبد الحى حجازى ٣

يضاف إلى الاعتبارات التي تقدم ذكرها في المذكرة الإيضاحية أن التقنين المصري، وقد أخذ مدة التقادم عن الشريعة الإسلامية وجعلها خمس عشرة سنة، وهي مدة لا تبلغ إلا نصف المدة المقررة في التقنين المدني الفرنسي، لم ير بأساً من أن تطول هذه المدة بالعدل الشرعي، وهو ما أخذت به الشريعة الإسلامية أيضاً عندما قررت عدم جواز سماع الدعوى على المنكر بعد تركها من غير عذر شرعي (١). ذلك أن مدة التقادم والعذر الشرعي أمران متلازمان، وقد أخذ التقنين الجديد فيهما معاً بأحكام الشريعة الإسلامية. وما العذر الشرعي إلا قيام المانع الذي يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه، والعذر الشرعي والمانع كلاهما يمكن تقريبه من القاعدة الفرنسية القديمة التي كانت تقضي بوقف التقادم حيث يتعذر على الدائن أن يقطع مربانه.

على أنه من المصلحة أن تضبط، من ناحية التطبيق، حدود المانع الذي تعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه. ويجب أن يكون هذا الضبط محكماً، حتى لا تنفذ ثغرات إلى أحكام التقادم تخل بالأساس الذي قام عليه. فالتقادم إنما شرع لصيانة الأوضاع القائمة المستقرة، فلا يجوز إهدار هذه الصيانة في سبيل صيانة مصلحة الدائن عن طريق وقف التقادم. فالأولى مصلحة عامة والأخرى مصلحة خاصة، والمصلحة العامة تقدم على المصلحة الخاصة. ومن ثم يجب التشدد في ضبط أسباب وقف التقادم، ولا سيما - كما تقول المذكرة الإيضاحية (٢) - أن ضبط حدوده من طريق التطبيق غير عسيرة.

وقد ورد من أسباب وقف التقادم - في نص التقنين المصري وفي المذكرة الإيضاحية وفي التقيينات الأجنبية - نقص الأهلية والحجر، والعلاقة ما بين الأصل والنائب، والعلاقة ما بين الزوجين، والعلاقة ما بين الأصول والفروع، والعلاقة ما بين الشخص المعنوي ومديره، والعلاقة ما بين الخدم والخدام، وحالة ما إذا كان الدائن غائباً غيبة اضطرارية في سفر أو أسر أو نحو ذلك،

(١) انظر في التقادم المسقط في الفقه الإسلامي في مذاهب المختلفة وفي مجلة الأحكام العدلية مقال الأستاذ ضياء شيت خطاب المنشور في مجلة القضاء ببغداد السنة الخامسة عشرة ص ٤٥ -

وحالة اتحاد الذمة . وهذه كلها أسباب تتعلق بالشخص : شخص الدائن كما في القصر والحجر والغيبه والأسر واتحاد الذمة ، أو العلاقة بينه وبين المدين كما في العلاقة بين الزوجين وبين الأقارب وبين المخدم والخادم . وبعض هذه الموانع مادية ، وبعضها موانع أدبية .

وقد تقوم موانع يتعذر معها أن يطالب الدائن بحقه وترجع ، لا لأسباب تتعلق بالشخص ، بل لظروف مادية أقرب ما تكون إلى القوة القاهرة ، كقيام حرب أو نشوب فتنة أو إعلان الأحكام العرفية أو انقطاع المواصلات أو ارتباط الدعوى المدنية بالدعوى الجنائية .

ونستعرض الآن كلا من هذين النوعين من أسباب وقف التقادم في التقنين المدني المصري (١) : (١) أسباب وقف التقادم التي تتعلق بالشخص (٢) وأسباب وقف التقادم التي ترجع إلى ظروف مادية اضطرابية .

(١) وما استحدثته التقنين الجديد من أسباب وقف التقادم يسرى من وقت العمل بهذا التقنين . فإذا كان التقادم مالياً في ظل التقنين السابق ، ثم جد سبب لوقفه في يوم ١٥ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩ أو بعد ذلك ، طبقاً لأحكام التقنين الجديد ، فإن التقادم يقف سريانه ، حتى لو لم يكن هذا السبب في عهد التقنين السابق يترتب عليه وقف التقادم . وعلى العكس من ذلك إذا كان هذا السبب قد اعترض التقادم في عهد التقنين السابق ، ولم يكن من شأنه أن يقف التقادم طبقاً لأحكام هذا التقنين وإن كان يقفه طبقاً لأحكام التقنين الجديد ، فإنه لا يعتبر واقعاً للتقادم في المدة التي سبقت العمل بالتقنين الجديد .

عل أن القضاء والفقه في عهد التقنين السابق كانا يتوسعان في أسباب وقف التقادم إلى حد مشاركة القاعدة الفرنسية التي تقضى بوقف التقادم حيث يتعلق على الدائن قطع سريانه : استئناف مخطوط ٩ ديسمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ٥٣ (يقف التقادم بالنسبة إلى دائن مدرج في قائمة التوزيع حتى لو بقيت هذه القائمة مدة طويلة بسبب معارضات فيها خاصة بدائنين آخرين) - ١٣ مايو سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٤٢ (وصية تنفيها يتوقف على الحكم في قضية فيقف التقادم حقه يصدر الحكم) - ٢٧ أبريل سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٣٧٣ (دائن استوفى حقه عن طريق نزح ملكية مال لديه ، ثم أبطلت إجراءات نزح الملكية فيعتبر التقادم موقوفاً طوال مدة الإجراءات الباطلة) - ٢٠ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٠٦ - ٢٠ أبريل سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٢١٦ - وانظر أيضاً الموجز المؤلف فقرة ٦٠٥ ص ٦٢٨ - الأستاذ أحمد حشمت أبوسيت فقرة ٨٤٦ ص ٦٥١ - ص ٦٥٢ .

وأكثر ما يجرى القضاء الفرنسي القاعدة التي تقضى بوقف التقادم حيث يتعلق على الدائن طبع سريانه ، إنما يكون عندما يقوم المانع في آخر مدة التقادم ، فتمتلك المدة والمانع لا يزال -

٦٢٤- أسباب وقف التقادم التي تتعلق بالشخص : أهم هذه الأسباب

هو السبب المتعلق بتناقص الأهلية والمحجورين . وقد رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ٣٨٢ مدنى تنص على أنه لا يسرى التقادم الذى تزيد مدته على خمس سنوات فى حق من لا تتوافر فيه الأهلية أو فى حق الغائب أو فى حق المحكوم عليه بعقوبة جنائية ، إذا لم يكن له نائب يمثله قانوناً . فدد التقادم التى لا تزيد على خمس سنوات لا يقف سريانها إذن فى حق القصر والمحجورين ، ولو لم يكن لهم من يمثلهم قانوناً من ولى أو وصى أو قيم . والحكمة فى ذلك أن مدد التقادم التى لا تزيد على خمس سنوات يقوم التقادم فيها على اعتبارات يستوى عندها القاصر والمحجور البالغ الرشيد . فالديون الدورية المتجددة تتقادم بخمس سنوات حتى لا تتراكم على المدين فرهقه ، وهذا الاعتبار قائم بالنسبة إلى المدين سواء كان دائنه بالغاً رشيداً أو كان قاصراً أو كان محجوراً ، وسواء كان للقاصر والمحجور من يمثله قانوناً أو لم يكن ، فلا يكون القصر أو الحجر فى هذه الحالة سبباً لوقف التقادم . وحقوق أصحاب المهن الحرة تتقادم بخمس سنوات ، والتقادم يقوم على قرينة الوفاء وعدم إرهاب المدين فى وقت

قائماً . عند ذلك يعتبر هذا المانع قوة قاهرة ، حالت دون أن يتخذ الدائن الإجراءات القانونية المطالبة . أما إذا قام المانع فى وسط مدة التقادم ، ثم زال وبقيت مدة طويلة بعد زواله وقبل أن يكتمل التقادم ، لم يعد هذا المانع ، ولم يعتبر التقادم موقوفاً أثناء قيامه ، فقد كان عند الدائن مدة طويلة بعد زوال المانع يستطيع فى خلالها المطالبة بحقه (انظر فى هذا المعنى بلاكول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٧٩) . وهذا هو عين ما كان القضاء يجرى عليه فى مصر فى عهد الفنتين السابق . فقد قضت محكمة استئناف مصر بأن المانع الوقتى لا يقف سريان التقادم ، ولكن لقاضى أن يقضى صاحب الحق من الحكم بالتقادم إذا باشر حقوقه بمجرد زوال المانع . أما إذا زال المانع الوقتى ولا يزال أمام الدائن مدة كافية لاستعمال حقه ، وأهل استعماله حتى انتهت جميع المدة ، فإن الحق يسقط بالتقادم (٨ ديسمبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٣٧٦ ص ٧٦٢) . وقضت محكمة مصر الوطنية بأن الاستحالة التى تقف سريان التقادم هى الاستحالة المطلقة التى تكون مانعة شتاً كلياً من مباشرة الحقوق كالأمر فى حرب أو إعلان الأحكام العرفية فى البلد . أما إبعاد شخص من الديار المصرية ومنعه من العودة لأسباب سياسية ، فيعتبر مانعاً وقتياً ، ولا يترتب عليه وقف سريان المدة . ولكن لقاضى أن يقضى صاحب الحق من آثار معنى المدة التى سرت ضده ، إذا باشر حقه بمجرد زوال المانع (١٢ فبراير سنة ١٩٣١ المحبوة الرسمية ٢٣ رقم ٧٤ ص ١٢٢) .

واحد، وهذه الاعتبارات متوافرة ولو كان الدائن قاصراً أو محجوراً ، على أنه قل أن يكون أحد من أصحاب هذه المهنة الحرة قاصراً أو محجوراً . وحقوق التجار والصناع وأصحاب الفنادق والمطاعم والعمال والخدم والأجراء تتقدم بسنة واحدة ، والتقدم يقوم على قرينة الوفاء ، وهذا الاعتبار قائم ولو كان الدائن قاصراً أو محجوراً ، على أنه قل - في غير العمال والخدم والأجراء - أن يكون الدائن قاصراً أو محجوراً . والضرائب والرسوم تتقدم بثلاث سنوات ، والدائن هنا هو الدولة لا يلحقها قصر ولا حجر ، فلا محل في هذه الحالة لوقف التقدم . وهناك مدد تقدم أخرى وردت في نصوص متفرقة ، كتقدم دعاوى الإبطال ودعاوى العمل غير المشروع والإثراء بلا سبب والدعوى البولصية بثلاث سنوات ، وإذا وقف سريان التقدم للقصر أو للحجر في هذه الأحوال لم يتحقق الغرض الذي أراده المشرع من تقصير مدد التقدم ، وهو استقرار الأوضاع بعد انقضاء مدة معقولة (١) . فإذا زادت مدة التقدم على خمس سنوات - وهي لا تكون حينئذ إلا خمس عشرة سنة - وجب التمييز بين ما إذا كان القاصر أو المحجور له نائب يمثله أو ليس له نائب . ففي حالة ما إذا كان له نائب ، لا يقف سريان التقدم ، وعلى النائب أن يقطع التقدم وأن يطالب بحق محجوره ، وإلا كان هو المستول نحو المحجور . وهذا حكم استحدثه التقنين المدني الجديد ، أخذاً عن بعض التقنينات الأجنبية ، وتضييقاً من أسباب وقف التقدم باغفال ما لا تقوم الضرورة لتبريره (٢) . أما التقنين المدني السابق فكان يقف سريان

(١) على أن المشروع قد لا حظ حالة القصر أو الحجر في دعاوى الإبطال المبنية على نقص الأهلية ، فأعبر سريان التقدم إلى اليوم الذي يزول فيه نقص الأهلية (انظر الفقرة الثانية من المادة ١٤٠ مدني) . وفصل مثل ذلك في دعوى تكملة الثمن لقين في بيع عقار شخص لا تتوفر فيه الأهلية ، إذ نصت الفقرة الثانية من المادة ٤٢٦ مدني على أن « تسقط بالتقدم دعوى تكملة الثمن بسبب القين إذا انقضت ثلاث سنوات من وقت توافر الأهلية أو من اليوم الذي يموت فيه صاحب العقار المبيع » .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد : « استحدث المشروع حكماً عاماً بشأن وقف التقدم بالنسبة لعدم الأهلية وناتجها ، فقضى بأن هذا الوقف لا يقع حل وجه الإطلاق لمصلحة أولئك وهؤلاء متى كان لهم من يتوب عنهم قانوناً : انظر المادة ٤٩ » من التقنين البرتغالي . ذلك أن النائب محل العمل الأصل المحجور ، فيتعين عليه أن يتولى أمر المطالبة منه ، فإذا لم يفعل كان مسؤولاً عن ذلك . أما إذا لم يكن لعدم الأهلية أو ناتجها من يتوب عنه ، -

التقادم ، ولو كان للقاصر أو المحجور نائب يمثل (١) .

وقد يقوم مانع ، غير القصر والحجر ، يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه . من ذلك الغيبة الاضطرارية لسجن أو أسر أو نحو ذلك (٢) ، وهذه غير الغيبة المتقطعة التي يقام من أجلها وكيل للغائب والتي تدخل في أسباب الحجر السالفة الذكر . فيقف سريان التقادم ، إلى أن تنهأ للدائن أسباب العودة إلى مباشرة أعماله . وتقرير ما إذا كان هذا المانع يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه مسألة واقع ، ترك لتقدير قاضي الموضوع دون معقب عليه من محكمة النقض (٣) .

وحالة اتحاد الذمة مانع طبيعي من أن يطالب الدائن بحقه ، كما تقول المذكورة الإيضاحية (٤) . فإذا ما زال سبب اتحاد الذمة ، وانفصلت صفة الدائن عن صفة المدين بأثر رجعي ، فهذا الأثر الرجعي لا شأن له بما وقف

= فستتخذ يقف سريان مدة التقادم بالنسبة له ، ما لم تكن المدة خمس سنوات أو أقل . ويشمل هذا الحكم الغائب والمحكوم عليه بقوة مقيدة الحرية . فالواقع أن الفرض من التقادم الخمسي هو دوره خطر تراكم الديون الدورية المتجددة ، وليس يتأثر هذا الفرض بما يتصل بشخص الدائن من أوصاف ولو كان القصر من بينها . ثم إن ما يسقط من الحقوق بانقضاء خمس سنوات يتهاون تهاوياً يمنع معه التسليم بوقف سريان المدة ... أما التقادم المحل فذهب على قرينة الوفاء ، وهي تظل سليمة الدلالة ولو كان الدائن قاصراً (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٢٨ - ص ٣٢٩) .

(١) فإذا كان للقاصر أو المحجور نائب يمثل ، ووقف سريان التقادم في عهد التفتين المدعى السابق ، اعتبر التقادم موقوفاً إلى يوم نفاذ التفتين المدعى الجديد . ومنذ هذا اليوم تسرى أحكام هذا التفتين ، فيزول سبب الوقف ويعود التقادم إلى السريان في حق القاصر أو المحجور ما دام له نائب يمثل . أما إذا لم يكن للقاصر أو المحجور نائب يمثل ، ووقف سريان التقادم في عهد التفتين المدعى السابق ، فإنه يبقى موقوفاً حتى بعد نفاذ التفتين المدعى الجديد ، ويستمر موقوفاً إلى أن يعين للقاصر أو المحجور نائب يمثل ، فستتخذ يعود التقادم إلى السريان ولو لم يرتفع الحجر لبقاء نقص الأهلية .

(٢) انظر استئناف مخطوط ١٣ ديسمبر سنة ١٩٠٠ م ١٣ ص ٥٣ (جندى أسر في السودان) .

(٣) أما إفلاس الدائن فليس سبباً لوقف التقادم ، وعلى السئيك أن يقوم بمطالبة المدين

(استئناف مخطوط ٣ يناير سنة ١٨٩٥ م ٧٢٧ ص) .

(٤) انظر أولاً فقرة ٦٢٣ - وانظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٢٩ .

من سرعان التقادم ، ولا تحسب المدة الى قام في خلالها اتحاد النمة ضمن مدة التقادم (١) .

وقد يكون المانع من أن يطالب الدائن بحقه هي العلاقة القائمة بينه وبين المدين . فالعلاقة ما بين الزوجين مانع أدبي لأى منهما أن يطالب الآخر بحقه ، وإلا تعكر صفو السلام في الأسرة . فوجب وقف سرعان التقادم ما دامت علاقة الزوجية قائمة ، ويعود التقادم إلى السريان بمجرد أن تنفصم عرى الزوجية لموت أو طلاق أو غير ذلك . وقد قلنا أن التقنين المدني الفرنسى (٢٢٥٣ م) يشتمل على نص صريح في هذا الحكم (٢) .

والعلاقة ما بين الأصول والفروع هي أيضاً مانع أدبي . وقد يكون مانعاً أدبياً علاقة القرابة أيا كانت ، ما دامت علاقة وثيقة واقترنت بملابسات تؤكد

(١) بودرى وتيسيه فقرة ٣٧٨ .

(٢) وقد كان القضاء في عهد التقنين المدني السابق يتردد في جعل علاقة الزوجية سبباً في وقف التقادم . فقد قضت محكمة استئناف مصر بأن مرور الزمن المسقط للحقوق يسرى بين الزوجين ، بخلاف ما جاء بالقانون الفرنسى بالمادة ٢٢٥٣ التي أساسها أن للزوج حق إدارة أموال زوجته بقوة القانون ، فهو وكيل قانوني عنها ، وهذه الصفة غير مقرر في القانون المصرى (٧ ديسمبر سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٩ رقم ٢٨٦ ص ٦٩٠) . ولكن محكمة النقض قضت بمد ذلك بأن اعتبار علاقة الزوجية مانعة من المطالبة بالحق أو غير مانعة من الأمور الموضوعية التي تختلف في الدعاوى بحسب ظروفها ، والقضاء فيها لا يخضع لرقابة محكمة النقض (نقض مدني ١١ يناير سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٢١ ص ٤٧ - وانظر : استئناف مصر ٩ مايو سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٤٥ ص ٨٨ - عابدين أول يولي سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ٢٠ رقم ١١ ص ١٢) - أما في التقنين الجديد ، حيث النص صريح في وقف سرعان التقادم كلما وجد مانع يعترض به على الدائن أن يطالب بحقه ولو كان المانع أدبياً ، فترى أن تكون علاقة الزوجية في الأصل مانعاً أدبياً من سريان التقادم . فلذا استأجر الزوج مطلاً أرضاً من زوجته ، لم يستطع أن يتسلط بالحق بالتقادم الخمس لإسقاط الأجرة المستحقة في ذمة لها ما دامت علاقة الزوجية قائمة . ولكن له أن يثبت أنه وقاما الأجرة بجميع طرق الإثبات ، دون حاجة إلى الكتابة ، بسبب هذه العلاقة نفسها . هل أنه قد يقع أن يتفصل الزوجان ، ويقوم الشقاق بينهما ، مع بقاء الزوجية قائمة ، فلا يمود هناك محل للخشية من تمكيد سفر السلام في الأسرة بمد أن تمكيد فلا ، لا سيما إذا كانت هناك قضايا مرفوعة بين الزوجين . ففي هذه الحالة يمكن القول بأن سبب وقف التقادم قد زال ، وهذه مسألة واقع لا محقق فيها هل تقدير قاضي الموضوع .

معنى المنع ، كالعلاقة ما بين الأشقاء ، وعلاقة الأعمام والأخوال بأولاد الأخ أو أولاد الأخت . وهذه مسألة واقع يقلرها قاضي الموضوع .

والعلاقة ما بين المخدم والخادم مانع أدبي ، ما دامت علاقة الخلعة قائمة .

والعلاقة ما بين الأصيل والنائب مانع يقف سريان التقادم ، وقد ورد نص صريح في ذلك في الفقرة الأولى من المادة ٣٨٢ مدني ، كما رأينا . ويدخل في ذلك العلاقة ما بين الموكل والوكيل ما دامت الوكالة قائمة ، وذلك في حدود أعمال الوكالة (١) . كما تدخل العلاقة ما بين الولى أو الوصى أو القيم بالمجور ، ما دام الحجر قائماً (٢) . وكذلك تدخل العلاقة ما بين الشخص المعنوى والمدير ، ما دامت صفة الإدارة قائمة . ففي كل هذه الأحوال يقف سريان التقادم في الحقوق التي لأي طرف على الآخر انتظاراً لتصفية العلاقة القائمة ، إذ لا يحسنه

(١) استئناف مخطوط ٢١ يونيو سنة ١٩٣٧ م ٤٤ ص ٣٨٧ - ٢٧ يونيو سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٣٥٢ - وحيازة الوكيل للمالك موكله تكون حيازة عارضة ، ولا يسرى التقادم المسقط بالنسبة إلى حق الموكل الشخصي في الرجوع على الوكيل إلا من وقت أن يغير الوكيل حيازته من حيازة عارضة إلى حيازة المالك (استئناف مخطوط ٩ أبريل سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢١٩) . على أنه إذا قام نزاع بين الوكيل والموكل ، فقد تكثرت العلاقة بينهما ، ولم تعد مانعاً أدبياً من سريان التقادم . ولا يقف التقادم في هذه الحالة قيام نزاع بينهما على عنصر من عناصر الحساب ، إذا كان قد سبق للوكيل تقديم الحساب في قضية أخرى . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأنه إذا قررت المحكمة أن قيام النزاع بين الموكل والوكيل على عنصر من الحساب بينهما لا يعتبر حائقاً يمنع من المطالبة بتقديم الحساب ويقف مدة تقادم دعوى طلبه ، واستدلت على ذلك بأن الوكيل سبق له تقديم الحساب في قضية أخرى عن مدة سابقة قبل تصفية ذلك النزاع ، فلا يكون حكمها مخالفاً لقانون (نقض مدني ٢١ أكتوبر سنة ١٩٤٨ مجموعة صر ٥ رقم ٣٢٧ ص ١٤٥) .

(٢) وإذا استأجر المشرّف على الوصية أحياناً القصر ، فليس له أن يتسلّك قبل القصر بسقوط الحق في الأجرة بعضي خمس سنوات ، لأنه وإن كان يصفه مستأجراً يستفيد من التقادم الخمسي ، إلا أن من واجبه مراقبة الوصية في اتّخاذ اللازم نحو الحصول على حقوق القصر ومنع أي إهمال يؤدي إلى سقوط تلك الحقوق أو ضياعها ، وواجبه هذا يتعارض مع استفادته من أعمال الوصية في مطالبته والتسلّك بسقوط حقوق القصر بعضي المدة (استئناف مصر ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٣ الحامدة ١٣ رقم ٤٣١ ص ٨٧٨) .

أن يقاضى أحد الطرفين الآخر مع وجود علاقة بينهما تقوم على الثقة والائتمان (١).
ويقف سريان التقادم في جميع الموانع التي قدمناها ، أيا كانت مدة التقادم ،
خمس سنوات أو أكثر أو أقل ، وذلك فيما عدا القصر والحجر فقد رأينا
أن التقادم لا يقف فيهما إلا إذا كانت مدته أكثر من خمس سنوات .

٦٢٥ - أسباب وقف التقادم التي ترمع الى ظروف مادية

اضطرارية : وقد يرجع المانع ، لا إلى اعتبار يتعلق بالشخص ، بل إلى ظرف
مادى اضطرارى ، أقرب ما يكون إلى القوة القاهرة (٢) ، يتعذر معه على
الدائن أن يطالب بحقه . فيقف سريان التقادم ، أياً كانت مدته ، خمس
سنوات أو أكثر أو أقل (٣) . من ذلك قيام حرب مفاجئة أو نشوب فتنة أو

(١) ولا تعد علاقة الموظف بالحكومة مانعاً أديماً من شأنه وقف التقادم (محكمة انتفاض
الإدارى ٢٠ مايو سنة ١٩٥٣ المحاماة ٣٥ رقم ٩١٥ ص ١٧٣٩) . كذلك لا يكون شعار
الوقف من الأسباب القانونية التي تقف سريان التقادم (استئناف مصر ١٠ يونيو سنة ١٩٢٩
المحاماة ٩ رقم ٥٩١ ص ١٠٨٧ - المادتان ٥٩٤ و ٦١٩ من قانون العدل والأنصاف) .
(٢) ولم نقل القوة القاهرة ، إذ لا يشترط في المانع ما يشترط في القوة القاهرة . ويمكن في
المانع أن يقوم دون أن يكون مصدره خطأ الدائن ، حتى يقف سريان التقادم . فيعتبر جهل
الدائن بوجود حقه عن غير تقصير منه مانعاً يقف التقادم (استئناف مخطط ٢ ديسمبر سنة ١٩٤٣
م ٥٦ ص ١٢) ، وقد لا يكون هذا الجهل قوة قاهرة بالمعنى الدقيق . وقد قضت محكمة النقض
بأن الجهل باغتصاب الحق قد يكون من الأسباب الموقفة لتقادم ، إذا لم يكن ناشئاً عن إهمال
صاحب الحق ولا تقصيره . فإذا كان الحكم قد نفي عن صاحب الحق كل إهمال أو تقصير من جالبه
في جهله باغتصاب ملكه ، فإنه لا يكون مخطئاً إذ اعتبر مدة التقادم لا تختص في حقه إلا من
تأويله عليه بوقوع النصب على ملكه (نقض مدني ٢٢ أبريل سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر •
رقم ٣٠٢ ص ٦٠٢) . ويلاحظ هنا أن التقادم قد وقف قبل أن يبدأ سريانه (انظر آنفاً
فقرة ٦٢٠) .

ومن ثم يحسن فصل الفكرتين - المانع والقوة القاهرة - إحداهما عن الأخرى . والأمر في
تقدير المانع يترك لتأضي الموضوع ، ولا معقب عليه من محكمة النقض (قارن استئناف مخطط
٢٣ يناير سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ٨٠ - وانظر الأستاذ عبد الحى حجازي ٣ ص ٣٤٢) .
(٣) ومن ذلك نرى أن أسباب الوقف ترد على التقادم أياً كانت مدته ، ولو كانت هذه المدة
خمس سنوات أو أقل ، وذلك فيما عدا الأسباب التي ترجع إلى عدم توافر الأهلية أو القية المنتظمة
أو الحكم بقوية جنائية فهذه كما رأينا لا تقف سريان التقادم إلا إذا كانت مدته أكثر من
خمس سنوات .

إعلان الأحكام العرفية ، إذا كان شيء من هذا قد منع المحاكم من مباشرة أعمالها ، فلا يتمكن الدائن من المطالبة القضائية بحقه (١) .

ومن ذلك أيضاً انقطاع المواصلات بحيث لا يتمكن الدائن من اتخاذ الإجراءات اللازمة للمطالبة بحقه ، فيقف سريان التقادم لهذا المانع (٢) .
والمسألة موكولة إلى تقدير قاضي الموضوع ، ولا معقب على هذا التقدير من محكمة النقض .

ومن ذلك أخيراً ارتباط الدعوى المدنية بالدعوى الجنائية . فقد نصت المادة ١٧٢ مدني على أن ١ — تسقط بالتقادم دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسئول عنه . وتسقط مدة الدعوى ، في كل حال ،

(١) انظر المادة ٢٠٣ من التفتين المدني الألماني .

(٢) ومن الموانع التي رأت محكمة النقض أنها تفت سريان التقادم ، حتى في عهد التفتين المدني السابق ، ما قصت به من إنه إذا باع المدين الدائن عيناً أداء لدينه ثم حكم بطلان هذا البيع ، فإن تقادم الدين يقف إلى صدور الحكم بالبطلان . وإذا أقر البائع (المدين) المشتري (الدائن) بإجازة البيع بعد ذلك ثم قضى ببطلان هذه الإجازة ، فهذه الإجازة تفت التقادم إلى أن يقضى ببطلانها (نقض مدني ٣ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١٩ ص ٢٧) . ومن ذلك أيضاً ما قصت به من أنه متى كانت المورقة قد أوصت بكل أملاكها المقاربية والمتقولة لبناتها ومن يبنهن المظنون عليها ، وأقرت في الوصية لمن يدعون ، فإنه بحسب الحكم ، ليستقيم قضاؤه برفض الدفع بسقوط حق المظنون عليها في المطالبة بدينها لمضى خمس عشرة سنة من تاريخ استحقاقه حتى تاريخ المطالبة به ، تقرر أنه قيام الوصية كان مانعاً يستحيل معه على المظنون عليها المطالبة بالدين موضوع الإقرار حتى فصل نهائياً ببطلانها ، متى كان ثابتاً في الحكم أن المقررة أوصت بأوصت المظنون عليها في متايل دينها . وتقدير المانع في هذه الحالة موكول أمره إلى محكمة الموضوع دون معقب عليها متى اعتضدت على أسباب ساقطة (نقض مدني ١٩ أبريل سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١١٣ ص ٦٩٣) . ومن ذلك أخيراً ما قصت به من أن النزاع هل عقد أمام القضاء من شأنه وقف سريان التقادم في حق الالتزامات المترتبة على هذا العقد ، لا انقطاعه ، متى كان لم يتوافر سبب من أسباب الانقطاع القانونية (نقض مدني ٢٢ يناير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٥٥ ص ٢٧٥) . أما الدعوى التي رفضها الغير بطلب استرداد الشيء المبيع فلا يعتبر سبباً قانونياً لوقف التقادم الخاص بحق المشتري في التفتينات مقابل ما فاته من ربح بسبب عدم تنفيذ عقد البيع (نقض مدني ١٦ ديسمبر سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٣٧ ص ٢٩٠) .

بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع . ٢ - على أنه إذا كانت هذه الدعوى ناشئة عن جريمة ، وكانت الدوى الجنائية لم تسقط بعد انقضاء المواعيد المذكورة في الفقرة السابقة ، فإن دعوى التعويض لا تسقط إلا بسقوط الدعوى الجنائية . فلو فرضنا أن جنابة وقعت وعلم المجني عليه بها وبالشخص المستول عنها وقت وقوعها ، فإن الدعوى المدنية بالتعويض تتقدم بثلاث سنوات من وقت وقوع الجنابة . ولكن لما كانت الدعوى الجنائية لا تسقط في الجنائيات إلا بعشر سنوات من وقت وقوع الجنابة (م ١٥ من قانون الإجراءات الجنائية) ، فلو فصلنا ما بين مدق التقدم ، لتتج عن ذلك موقف شاذ هو سقوط الدعوى المدنية بثلاث سنوات قبل سقوط الدعوى الجنائية بعشر سنوات . فيكون من الممكن إيقاع عقوبة على الجاني بعد انقضاء ثلاث سنوات إذ تكون الدعوى الجنائية لم تتقدم ، دون التمكن من إلزامه بالتعويض إذ تكون الدعوى المدنية قد تقدمت ، مع أن التعويض أقل خطراً من العقوبة الجنائية . هذا المحذور أراد المشرع أن يتفاداه ، فنص على أن الدعوى المدنية لا تتقدم في هذه الحالة بثلاث سنوات ، بل تبقى قائمة مع الدعوى الجنائية ولا تسقط إلا بسقوطها ، حتى يستطيع المضرور في الوقت الذي يعاقب فيه الجاني أن يتقاضى منه التعويض المدني (١) . والفروض في كل ذلك أن الدعوى الجنائية لا تزال قائمة ، فتقوم معها الدعوى المدنية ، وتسقط بسقوطها . أما إذا انفصلت الدعوى المدنية عن الدعوى الجنائية ، وانقضت الدعوى الجنائية بصدور حكم فيها ، فقد فصمت هرى الارتباط ما بين مدق التقدم ، فتستقل الدعوى المدنية بمدة تقدمها الأصل وهى ثلاث سنوات . فاذا فرضنا أن المجني عليه لم يرفع دعوى التعويض أمام محكمة الجنائيات ، بل تربص بالجاني حتى يحكم عليه جنائياً ، ودامت المحاكمة الجنائية أكثر من ثلاث سنوات ثم انتهت بادانة الجاني ، فانه يكون قد مضى على الدعوى المدنية بالتعويض أكثر من ثلاث سنوات ، فهل تكون قد تقدمت بانقضاء هذه المدة ؟ لا ترد في القول بأن سريان التقدم بالنسبة إلى الدعوى المدنية يقف طوال المدة التي دامت فيها

(١) الرسيط جزء أول فقرة ٦٢٥ من ٩٣٩ .

المحاكمة الجنائية ، ولا يعود التقادم إلى السريان إلا عند صدور الحكم النهائي بادانة الجاني أو عند انتهاء هذه المحاكمة بسبب آخر . ذلك أن من حق المجني عليه أن يختار الطريق المدني دون الطريق الجنائي في دعواه المدنية بالتعويض . فاذا اختار هذا الطريق ، وقف النظر في دعواه المدنية أثناء نظر الدعوى الجنائية ، لأن الطريق الجنائي يقف الطريق المدني (le criminel tient le civil en état) . فهناك إذن سبب لوقف سريان التقادم في حق الدعوى المدنية ، وهو سبب قانوني ، إذ القانون يمنع نظر الدعوى المدنية أمام المحاكم المدنية أثناء نظر الدعوى الجنائية . ويترتب على ذلك أن المجني عليه يستطيع أن يرفع دعواه المدنية بالتعويض أمام المحاكم المدنية بعد انتهاء المحاكمة الجنائية ، ولا تكون هذه الدعوى المدنية قد تقادمت ، لأن التقادم في حقها يكون قد وقف سريانه طوال المدة التي دامت فيها المحاكمة الجنائية (١) .

٦٢٦ - الأثر الذي يترتب على وقف التقادم : متى وقف

سريان التقادم لسبب أو لآخر من الأسباب التي تقدم ذكرها ، فإن الأثر الذي يترتب على وقف التقادم واضح . ذلك أن المدة التي وقف سريان التقادم في خلالها لا تحسب ضمن مدة التقادم ، وتحسب المدة السابقة والمدة التالية (٢) . فلو أن الدائن ترك حقه الذي يتقادم بخمس عشرة سنة دون أن يطالب به المدين

(١) انظر في أن وقف النظر في الدعوى المدنية أمام المحاكم المدنية أثناء نظر الدعوى الجنائية ، بمقتضى القاعدة التي تقضى بأن الطريق الجنائي يقف الطريق المدني ، هو سبب قانوني لوقف سريان التقادم في حق الدعوى المدنية : بودرى وتيسيه فقرة ٣٧٧ .

(٢) ويذهب بعض الفقهاء في فرنسا إلى أن قيام مانع من شأنه أن يقف التقادم إنما يقفه إذا قام في الوقت الذي يوشك فيه التقادم أن يكتمل (أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٤ ص ٤٦٨ - وانظر بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٧٩ . وانظر آنفاً فقرة ٦٢٣ في المالح فيما جرى عليه القضاء في مصر في عهد التقنين المدني للمهاجر) ، ولكن هذا الرأي لا يمكن الأخذ به في مصر ، حيث النص صريح في أن المانع أيما كان يقف التقادم . ولم تذكر أسباب معودة على سبيل المحصر لوقف التقادم كما فعل التقنين المدني الفرنسي ، مما دعا القضاء والفقهاء في فرنسا ، في الموانع التي لم يرد بها نص ، إلى اعتبار هذه الموانع بمثابة القوة القاهرة ، فلا يكون لها أثر إلا إذا قامت في آخر مدة التقادم ، فنمت الدائن من المطالبة بحقه قبل اكتمال هذه المدة (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٧٩ - وانظر الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٢٤٣ - ص ٢٤٤) .

اثنى عشرة سنة ، ثم مات وورثه قاصر لم يعين له نائب يحلله قانوناً ، فوقف سريان التقادم سنتين إلى أن عين للقاصر وصى وعاد التقادم إلى السريان ، فان مدة السنتين التي وقف في خلالها سريان التقادم لا تحسب ، وتحسب الاثنتا عشرة سنة التي تقدمتها . فيبقى للقاصر من وقت تعيين وصى له ثلاث سنوات أخرى - لا سنة واحدة - قبل أن يتقادم حقه (١) .

المبحث الرابع

انقطاع التقادم

(Interruption de la prescription)

٦٢٧ - أسباب انقطاع التقادم وما يترتب عليه من الآثار :

كما يعرض للتقادم أن يقف سريانه للأسباب التي قلدها ، يعرض له أيضاً أن ينقطع بسبب من أسباب الانقطاع . فتكون المدة التي انقضت قبل انقطاع التقادم كأنها لم تكن ولا تدخل في حساب مدة التقادم ، حتى إذا بدأ سريان التقادم من جديد بعد انقطاعه ، يعقب التقادم الذي زال بالانقطاع تقادم جديد تسرى عليه الأحكام العامة للتقادم .

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في هذا الصدد : « وقد رُوي أن أثر وقف التقادم أظهر من أن يحتاج إلى نص خاص ، فالفترة التي يقف التقادم في خلالها لا تحسب ضمن المدة المستقطعة : المادة ٢٠٥ من الترتين المدق الألماني » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٢٩) . هذا ولا يقف التقادم ، إذا كان سبب الوقف يتعلق بالشخص ، إلا بالنسبة إلى الشخص الذي قام به هذا السبب ، فلا يستفيد دائن متضامن من قصر دائن متضامن معه لوقف التقادم بالنسبة إلى الاثنين ، بل يقف التقادم بالنسبة إلى القاصر فقط إذا لم يكن له من يحلله قانوناً (بودري وتيسيه فقرة ٤٦٤) . وإذا وقف سريان التقادم بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامين ، لم يميز لدائن أن يتسلك به قبل باقي المدينين (م ٢/٢٩٢ مدق) .

وإذا وقف التقادم بالنسبة إلى أحد المدينين في التزام غير قابل للانقسام ، فإن طبيعة عدم تجزئة المحل تقتضى وقف سريان التقادم بالنسبة إلى باقي المدينين (انظر آتفاً فقرة ٢١٨) . وكذلك إذا وقف التقادم لصالح أحد الدائنين في التزام غير قابل للانقسام ، انتفع بذلك سائر الدائنين نظراً لما تقتضيه طبيعة عدم التجزئة (انظر آتفاً فقرة ٢٢٦) .

فنبحث إذن مسألتين : (١) أسباب انقطاع التقادم . (٢) الأثر الذي يترتب على انقطاع التقادم .

المطلب الأول

أسباب انقطاع التقادم

٦٢٨ - **النصوص القانونية :** تنص المادة ٣٨٣ من التقنين المدني على ما يأتي :

« ينقطع التقادم بالمطالبة القضائية ولو رفعت الدعوى إلى محكمة غير مختصة ، وبالتنبيه ، وبالحجز ، وبالمطلب الذي يتقدم به الدائن لقبول حقه في تفليس أو في توزيع ، وبأى عمل يقوم به الدائن للتمسك بحقه في إحدى الدعاوى . وتنص المادة ٣٨٤ على ما يأتي .

- ١ - ينقطع التقادم إذا أقر المدين بحق الدائن إقراراً صريحاً أو ضمناً .
- ٢ - ويعتبر إقراراً ضمناً أن يترك المدين تحت يد الدائن مالا له مرهوناً رهناً حيازياً تأميناً لوفاء الدين (١) .

(١) تاريخ النصوص .

م ٣٨٣ : ورد هذا النص في المادة ٢٠٥ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدى كان يشتمل على عبارة « من غلط مفتقر » بعد عبارة « ولو رفعت الدعوى » . وفي لجنة المراجعة حذفت هذه العبارة ، وأضيفت فقرة ثانية نصها كالآتي : « وينقطع التقادم أيضاً بالإنذار الرسمي » . وأصبحت المادة رقمها ٣٩٦ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على النص . وفي لجنة مجلس الشيوخ حذفت الفقرة الثانية التي أضافتها لجنة المراجعة « لأن ما ينقطع التقادم يجب أن يكون التنفيذ أو مقدماته وليس الإنذار ، ولكي تكون أسباب قطع التقادم أكثر دلالة على رغبة صاحب الحق في اقتضائه وتحفضه لذلك ، فلا يكفي مجرد إرسال إنذار رسمي من حين إلى آخر » . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنته تحت رقم ٣٨٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٣١ - ص ٣٣٤) .

م ٣٨٤ : ورد هذا النص في المادة ٢١٥ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد فيما عدا الفقرة الثانية من المشروع التمهيدى حيث ورد فيها : -

وتقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق المادتين ٨٢ فقرة ثالثة / ١١١ و ٢٦٩/٢٠٥ (١).

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادتين ٣٨٠ - ٣٨١ - وفي التقنين المدني الليبي المادتين ٣٧٠ - ٣٧١ - وفي التقنين المدني العراقي المادتين ٤٣٧ - ٤٣٨ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادتين ٣٥٧ - ٣٥٨ (٢).

ويعتبر إقراراً ضمنيّاً أن يترك المدين تحت يد الدائن متقولاً أو عقاراً . . . وفي لجنة المراجعة اكتفى بكلمة « مال » لأنها تشمل المنقول والمقار ، وقيدت بأن المال المرهون يكون ملكاً للمدين ، وأصبحت المادة رقمها ٣٩٧ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٣٨٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٣٥ - ص ٢٣٦) .

(١) التقنين المدني السابق م ٨٢ فقرة ثالثة / ١١١ : تنقطع المدة المقررة لتسلك بوضع اليد إذا ارتفعت اليد ولو بفعل شخص أجنبي، وتنقطع المدة المذكورة أيضاً إذا طلب المالك استرداد حقه بأن كلف واضع اليد بالخضور للمرافعة أمام المحكمة أو نبه عليه بالرد تنبيهاً رسمياً مستوفياً لشروط اللازمة ولو لم يحضو للمضي دعواه ، إنما يشترط في ذلك عدم سقوط الدعوى بمضي الزمن .

م ٢٦٩/٢٠٥ : لقواعد المقررة لتسلك بمضي المدة من حيثية أسباب انقطاعها أو إيقاف سريانها تتبع أيضاً في التخلص من الدين بمضي المدة .

(ويلاحظ حل هذه النصوص ما يأتي : ١ - المقصود بالتنبيه بالرد تنبيهاً رسمياً مستوفياً لشروط اللازمة هو التنبيه : un commandement régulier en la forme : ٢ - أغفل التقنين السابق ذكر الحيز ، والطلب الذي يتقدم به الدائن لقبول حقه في تفليس أو في توزيع ، وإلى عمل يقوم به الدائن لتسلك بحقه أثناء السير في إحدى الدعاوى . ولكن هذا كله كان معمولاً به في عهد التقنين السابق ، فطابقاً لقواعد العامة . ٣ - لم يذكر التقنين السابق ضمن أسباب قطع التقادم إقرار المدين بحق الدائن ، ولكن هذا الحكم أيضاً كان معمولاً به دون نص في عهد التقنين السابق . وقد استوفى التقنين الجديد هذا للنقص) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٣٨٠ - ٣٨١ (مطابقة المادتين ٣٨٢ - ٣٨٤ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٣٧٠ - ٣٧١ (مطابقتان للمادتين ٣٨٢ - ٣٨٤ من التقنين

المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٤٣٧ : ١ - تنقطع المدة المقررة لعدم سماع الدعوى بالمطالبة التفضائية

ولو رفضت الدعوى إلى محكمة غير مختصة من غلط مفتقر . فإن طالب الدائن غريمه في المحكمة ولم تفصل الدعوى حتى مضت المدة ، فإنها تسمح بمدها . ٢ - وكالمطالبة التفضائية للطلب الذي - (٦٩ م - الوسيط)

ويخلص من النصوص المتقدمة الذكر أن الأسباب التي تقطع التقادم إما أن تكون صادرة من الدائن وذلك بالمطالبة القضائية أو بما يقوم مقامها (١) ، وإما أن تكون صادرة من المدين وذلك باقراره بحق الدائن .

٥ ١ - الأسباب الصادرة من الدائن

٦٢٩ - المطالبة القضائية : ينقطع التقادم بمطالبة الدائن المدين بحقه بمطالبة قضائية (demande judiciaire) أى بإقامة دعوى بحقه (citation en justice) . فلا بد إذن أن يصل الدائن ، حتى يقطع التقادم ، إلى حد المطالبة القضائية .

= يتقدم به الدائن لقبول حقه في قفلس أو توزيع ، وبوجه عام أى عمل يقوم به الدائن لتسلك بحقه أثناء السير في إحدى الدعاوى .

م ٤٣٨ : ١ - تنقطع أيضاً المدة المقررة لعدم سماع الدعوى إذا أقر المدين بحق الدائن صراحة أو دلالة ، ما لم يوجد نص بخلاف ذلك . ٢ - ويستبر المدين قد أقر دلالة بحق الدائن إذا هو ترك تحت يده مالا مردوداً بالمدين وعن حيازة .
(والتفتين المراق يتفق في أحكامه مع التفتين المصري : انظر الأستاذ حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدنى المراق فقرة ٣٩٤) .

تفتين الموجبات والنفود البتاني م ٣٥٧ : ينقطع حكم مرور الزمن : ١ - بكل مطالبة قضائية أو غير قضائية ذات تاريخ صحيح من شأنها أن تجعل المدينون في حالة التأخر من تنفيذ الموجب ، ولو قفمت لهكمة لاصلاحية لما أو حكم بفسادها شكلا . ٢ - بطلب قبول الدائن في قفلسة المدين . ٣ - بعمل احتياطي يتناول أملاك المدينون أو بمرضة ترى إلى نيل الإذن في إجراء عمل من هذا النوع .

م ٣٥٨ : ينقطع مرور الزمن باعتراف المدينون بحق الدائن .
(وتختلف أحكام التفتين البتاني عن أحكام التفتين المصري فيما يأتى : ١ - يكتفى التفتين البتاني بمجرد الإنذار ذى التاريخ الصحيح لقطع التقادم . ٢ - ويكتفى أيضاً بعمل احتياطي يتناول أملاك المدين أو بمرضة ترى إلى نيل الإذن في إجراء عمل من هذا النوع . ٣ - لا تفقد المطالبة القضائية في التفتين البتاني أثرها في قطع التقادم ولو حكم بفسادها شكلا ، وفي مصر تفقد هذا الأثر . أما المطالبة القضائية المقدمة لهكمة غير غنصية فتقطع التقادم في كلا التفتينين . هذا ولم يذكر التفتين البتاني من أسباب قطع التقادم التفتيه والحجز والتقدم في توزيع وأى عمل يقوم به الدائن لتسلك بحقه أثناء السير في إحدى الدعاوى ، ولكن لا شك في أن كل هذه الأعمال تقطع التقادم في لبنان ما دام مجرد الإنذار ذى التاريخ الصحيح يكتفى لقطعه) .
(١) استئناف مصر ٣ أبريل سنة ١٩٥٢ المحاماة ٣٤ رقم ٢٦ ص ٣١ .

فلا تكنى المطالبة الودية ، ولو بكتاب مسجل (١).

بل ولا يكنى الإنذار الرسمى على يد محضر (٢) (sommaton) . وقد كانت لجنة المراجعة أضافت نصاً يجعل الإنذار الرسمى كافياً لقطع التقادم ، ولكن لجنة مجلس الشيوخ حذفت هذا النص « لأن ما يقطع التقادم يجب أن يكون التنفيذ أو مقدماته وليس الإنذار ، ولكى تكون أسباب قطع التقادم أكثر دلالة على رغبة صاحب الحق فى اقتضاؤه وتخفزه لذلك ، فلا يكنى مجرد إرسال إنذار رسمى من حين إلى آخر (٣) » .

ولا يكنى لقطع التقادم مجرد اتخاذ إجراءات تحفظية ، كطلب وضع الاختام ، وكوضعها بالفعل ، وكقيد الرهن ، وكتعديد القيد (٤) .

كذلك لا يكنى لقطع التقادم المطالبة القضائية أمام قاضى الأمور المستعجلة ، فإن الذى يطلبه الدائن من المدين أمام قاضى الأمور المستعجلة إنما هى إجراءات

(١) استئناف مخطط ١١ مايو سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٢٣٥ - ٢٧ ديسمبر سنة ١٨٩٩ م ١٢ ص ٥٧ - ١٢ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٢٢ .

(٢) قانون استئناف مخطط ١٩ أبريل سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٠٦ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٣٤ - وانظر تاريخ نص المادة ٣٨٣ مدق آتفاً فقرة ٦٢٨ من الهامش - وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « وليس يكنى مجرد الإنذار لترتيب هذا الأمر ، ولو قول لإطلاعه أحد المحضرين . وقد اكتفى المشروع الفرنسى الإطال فى قطع التقادم بكل ما يصلح وسيلة لإظهار المدين : المادة ٢٤٣ ، وهو بهذا يحرز به بالكتابة أياً كانت صورتها . بيد أن مثل هذا الحكم يكاد يجعل تقادم الديون مستحيلاً » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٣٢) . ويقال فى تقرير عدم الاكتفاء بالإنذار الرسمى لقطع التقادم إن من وجه إليه هذا الإنذار ليس مضطراً إلى الرد عليه ، فقد يعتقد أنه غير جدى ما دام صاحبه لم يفرغه فى صورة مطالبة قضائية من شأنها أن تجبر المدعى عليه على رفع الدعوى ، وقد يعتقد أن صاحب الإنذار بعد أن كتب من المطالبة من طريق رفع الدعوى قد عدل عن ادعائه بعد أن تبين أنه غير محق فى طلبه (انظر بودرى وتيسيه فقرة ٤٧٨) - وانظر : نقض مدق ٢٨ أبريل سنة ١٩٣٢ بمجموعة عمر ١ رقم ٤٧ ص ٩٩ - استئناف مصر ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٥ الهامة ٦ رقم ٢٩٩ ص ٤٢٥ - ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٩ الهامة ٢٠ رقم ٢٩٩ ص ٧٧٢ .

وكلا لا يكنى الإنذار الرسمى فى قطع التقادم ، كذلك لا يكنى البروتستو لأنه ليس إلا إنذاراً من نوع خاص (السيدة ٢٨ يناير سنة ١٩٤٥ المجموعة الرسمية ٤٣ رقم ١٨) .

(٤) أما حجز ما للمدين لدى الغير فيقطع التقادم ، لأنه حجز لا مجرد إجراء تحفظى ، وسنرى أن الحجز يقطع التقادم ولو كان حجزاً تحفظياً .

وقتية عاجلة لا تمس موضوع الحق ، فلا تمس المطالبة القضائية بها تقادم الحق نفسه . ويترب على ذلك أن دعوى إثبات الحالة لا تقطع التقادم بالنسبة إلى موضوع الحق (١) .

ولا يكفي أيضاً لقطع التقادم طلب المعافاة من الرسوم القضائية ، ولو اتهمى الأمر إلى قبول الطلب ، فإن هذا لا يعتبر مطالبة قضائية بالحق ذاته (٢) .

كذلك لا يكفي لقطع التقادم التظلم المرفوع إلى سلطة إدارية ، فإن هذا التظلم لا يعتبر مطالبة قضائية (٣) .

(١) المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٢٣ - بودرى وتيسيه بقرة ٤٩٤ - وإذا تضمنت المطالبة القضائية أمام القضاء المستجمل ، عن خطأ ، طلبات في موضوع الحق ، أمكن اعتبار المطالبة القضائية في هذه الحالة مطالبة بموضوع الحق مرفوعة أمام محكمة غير مختصة ، فتقطع التقادم . وقد يكون من المقول أن تقطع المطالبة القضائية أمام القضاء المستجمل التقادم إذا قلنا في خلال مدة مهنة مطالبة قضائية بالحق أمام محكمة للموضوع ، ولكن هذا الحكم لا يمكن العمل به إلا بموجب نص تشريعى ، وهذا النص غير موجود (بودرى وتيسيه بقرة ٤٩٥) .

(٢) المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٢٣ - نقض ملف ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٤٢ بمجموعة عمر ٤ رقم ٧ ص ١٠ - استئناف مصر ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٤٩٠ ص ٩٨٣ - ١٤ نوفمبر سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٢١٨ ص ٤١٨ - ١٣ مايو سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ١١٦ ص ٢٣٨ - ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ٢٩٩ ص ٧٧٢ .

(٣) استئناف مختلط ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٠٠ م ١٣ ص ٦٣ - بودرى وتيسيه بقرة ٤٧٩ - ولكن المطالبة أمام لجنة إدارية ذات اختصاص قضائى تقطع التقادم . وقد قضت لجنة طعن الضرائب بالقاهرة بأن المشرع لم يقصد بالمطالبة القضائية منهاها الحق المتعارف عليه ، وإنما قصد كل إجراء قانونى يتضمن إظهار تية الدائن في تمسكه بحقه ضد من يبرى للتقادم في مصلحته . وليست المطالبة القضائية مقصورة على التكليف بالمفطور أمام محكمة تتألف من قضاة بالمعنى الذى قصده قانون استقلال القضاء ، بل يجب أن تمتد إلى المطالبة التى يتضمنها كل تكليف بالمفطور أمام أية هيئة عهد إليها المشرع بنظر خلاف معين ومن اختصاصها إصدار قرار أو حكم ملزم يمكن للتنفيذ بمقتضاه ، تمشياً مع ما تطورت إليه النظم الاجتماعية والاقتصادية واستحدثت من القوانين الحالية . وإنه بناء على ذلك تكون إحالة الموضوع إلى لجنة الطعن بناء على طلب الطاعن قاطعاً للتقادم ، لأن هذه الإحالة تتضمن لا محالة تمسكاً من جانب المصلحة بحقوقها ، ومعلوم أن التمسك بالحق قاطع للتقادم (أول أبريل سنة ١٩٥٢ المحاماة ٣٣ رقم ٣٩٧ ص ٩٣٩) . وقضت محكمة استئناف مصر بأن لجان التقدير القديمة هى هيئات مختصة في مسائل الضرائب ، =

ولا يكتفى لقطع التقادم لإدخال شروط البيع دون إعلانها للمدين (١).

وإذا حول الدائن حقه إلى محال له ، فإن إعلان المدين بالحالة ، سواء صدر من المحيل أو من المحال له ، لا يقطع التقادم (٢) :

فالواجب إذن ، لقطع التقادم ، أن يطالب الدائن المدين مطالبة قضائية بالحق الذي له في ذمته (٣) . وتصدر المطالبة القضائية - صحيفة الدعوى - من الدائن ، أو من نائبه كوكيل أو ولى أو وصى أو قيم أو فضولى أو دائن للدائن يستعمل حقوق مدينه (٤) . ولما كان قطع التقادم لا يقتضى أهلية التقاضى ،

= وكل إليها المشرع دون غيرها أمر إجراء التقدير لأرباح الشركات غير المساهمة والأفراد ، وأن ولايتها في ذلك ولاية أصيلة ، وأن رفع الأمر إليها يعتبر مطالبة قضائية تقطع التقادم طبقاً لقاعدة ٣٨٣ مدق ، وأن الخطاب للموصى عليه يعلم الوصول الذى بمقتضاه تحيل مصلحة الضرائب الممول على لجنة التقدير تكون له قوة الإعلان الذى يتم بالطرق القانونية العادية ، ويقطع التقادم أن كان لم يكتسل بعد (٣ أبريل سنة ١٩٥٢ المادة ٢٤ رقم ٢٧ من ٢١) . وانظر الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ من ٢٤٧ - ٢٤٨ . وانظر المادة ٢٢٠ من التفتين للمنى الألف .

(١) استئناف مخطوط ٢٧ فبراير سنة ١٩٤١ م ٥٣ من ١١٦ . ولا يقطع التقادم محضر تحديد يوم البيع (استئناف مخطوط ٣٠ ديسمبر ١٩٤٨ م ٦١ من ٤٢) .
(٢) بودرى وتيسيه فقرة ٤٨٠ .

هذا ولا يوجد ما يمنع من أن يفتق الدائن مع المدين حل أن التقادم ينتقطع بمجرد إنذار رسمى أو غير رسمى ، أو بأى عمل من الأعمال التى قلنا أنها لا تقطع التقادم ، ويكون الاتفاق صحيحاً فينتقطع التقادم بالعمل الذى اتفقا على أن يكون له هذا الأثر (بلانيول وريبير ورومان ٧ فقرة ١٣٦٨) .

(٣) المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ من ٣٣٢ - ويرامى أن المطالبة القضائية تشمل الدعوى والدفع حل حد سواء (انظر المادة ١٣٥/٢ من تفتين الالتزامات السويسرى) .

ولا يؤثر في قطع التقادم أن الدعوى لم تقيد في الجنول ، لأن كل ما يترتب على عدم تقيدها إنما لا تنتظر في الجلسة المحددة ، وللمدعى أن يمد إعلانها (بنى سوف ٢٥ يولي سنة ١٩٣٨ المادة ١٩ رقم ١١٣ من ٢٥١) . والمطالبة القضائية تقطع التقادم ولو لم تنقبا إجراءات (استئناف مخطوط ٩ يناير سنة ١٩٢٩ م ٤١ من ١٥٩) .

(٤) بودرى وتيسيه فقرة ٤٨٢ - أما إذا كان من رفع الدعوى هو المدين نفسه ، وقد رفعها على الدائن يطلب الحكم ببراءة ذمته من الدين أو بإبطاله أو بانتفائه بأى سبب ولو =

بل تكفى فيه أهلية مباشرة الإجراءات التحفظية، لذلك يجوز للقاصر ولمن تتوافر فيه أهلية الإدارة أن يقوم بالمطالبة القضائية التى تقطع التقادم (١). وتوجه المطالبة القضائية إلى المدعى الذى ينتزع بالتقادم، أو إلى من ينوب عنه، فلو وجهت المطالبة إلى مستأجر عنده ليست له صفة فى تمثيله فإنها لا تقطع التقادم (٢).

= بالتقادم، ورفضت هذه الدعوى، فإنها لا تقطع التقادم (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٦١ ص ٧٧٤ - ص ٧٧٥ - وانظر عكس ذلك تطبيق لاييه على حكم محكمة النقض الفرنسية فى ١٣ يناير سنة ١٨٧٩ سريه ٧٩ - ١ - ٤٤١ - ويبرز بودرى وتيسيه فقرة ٥٠٩ بين ما إذا كان الحكم يرفض دعوى المدعى صدر فى غيبة الدائن ودون إبداء دفاع منه فلا يقطع التقادم أو صدر فى حضور الدائن ويهد أن أبدى دفاعه فيكون مؤيلاً لحقه وقاطعاً للتقادم). وقد قضت محكمة النقض بأن المدعى إذا رفع دعوى ببراءة ذمته من الدين، فإن ذلك لا يعتبر منه اعترافاً بالدين، ولا ينقطع التقادم (نقض مدنى ١٧ نوفمبر سنة ١٩٢٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٤٤ ص ٤٢٨). ورفضت أيضاً بأن رفع الدعوى من المدعى ببراءة ذمته من الدين لانقضائه بالتقادم يتنافى احبارة سترافاً بالدين اعترافاً يقطع مدة التقادم التى لم تكن قد تكاملت: كما أن تمسك الدائن بدعوى فى تلك الدعوى ليس هو التفتيش الرسمى المنصوص عليه فى المادة ٨٢ من القانون المدنى (القديم)، وهو لا يفتى من التنبية ولا من التفتيش، لأنها مما وحدهما الاذان يصلحان لقطع سريان التقادم (نقض مدنى ١٧ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٤ ص ٥٠). ورفضت محكمة استئناف مصر بأن الدعوى التى يرفعها المدعى ضد الدائن بسقوط الدين أو بطلانه لا تقطع التقادم (١٣ أكتوبر سنة ١٩٤٠ المجموعة الرسمية ٤٥ رقم ٣٧). ورفضت محكمة الاستئناف المحتلة بأن الدعوى التى يرفعها المدعى على الدائن بأن الدين انتقض بالتقادم لا تقطع التقادم حتى لو كان وقت رفع الدعوى لم يتكامل (٣١ أكتوبر سنة ١٩٢٢ م ٤٦ ص ٤ - وقارن ٢٠ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٤٨ - ١٦ أبريل سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٥٧). ورفضت أيضاً بأن الكتاب الذى يرسله أمين النقل إلى صاحب الضمانة يحظره فيه أن بضاعة أرسلت إلى غير جهتها، وأنه أعطى تعليمات لإرسالها إلى الجهة الصحيحة، ليس من شأنه أن يقطع التقادم أو أن يغير من مبدأ سريانه (١٠ يونيو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٤٨٥).

(١) فصحت المطالبة القضائية من حيث أثرها فى قطع التقادم. لكن يجب للاستمرار فى التقاضى من تتوفر على أهلية التقاضى، ومن ثم يجب أن يتدخل فى الدعوى ولي القاصر لتصحح الإجراءات ولاستبقائها قائمة. ويجوز لمن له حق إدارة الشركة أن يرفع الدعوى، قبل الحصول على الإذن لواجب من مجلس الإدارة، فيقطع التقادم، ثم يحصل بعد ذلك على الإذن الواجب للاستمرار فى الدعوى وتصحح الإجراءات (بودرى وتيسيه فقرة ٤٨٤).

(٢) لوزان ٢٢ فقرة ٩١ - بودرى وتيسيه فقرة ٨٢٣ - ولا يعتبر البائع مثلاً المشتري فى الدعوى اللاحقة لتاريخ الثابت لعدم البيع (نقض مدنى ٢٨ أبريل سنة ١٩٢٢ مجموعة عمر ١ =

وقد جاء في صدر المادة ٣٨٣ مدني أنه « ينقطع التقادم بالمطالبة القضائية ولو رفعت الدعوى أمام محكمة غير مختصة ». فإذا أخطأ الدائن ورفع الدعوى على المدين أمام محكمة غير مختصة ، فإن المطالبة القضائية تقطع التقادم بالرغم من عدم اختصاص المحكمة (١) ، وذلك لسببين : (الأول) أن القواعد التي يقوم عليها اختصاص المحاكم قد تكون معقدة في بعض الأحوال ، فيلتبس الأمر على الدائن ويرفع الدعوى أمام محكمة غير مختصة عن خطأ مغتفر . وقد كان المشروع التمهيدى يتضمن النص الآتي : « حتى لو رفعت الدعوى عن غلط مغتفر إلى محكمة غير مختصة ». ولكن لجنة المراجعة حذفت عبارة « عن غلط غير مغتفر (٢) » ، فلم يصبح من الضروري أن يثبت الدائن لقطع التقادم أن رفعه الدعوى أمام محكمة غير مختصة كان عن خطأ مغتفر . بل إن مجرد رفع الدعوى ولو أمام محكمة غير مختصة يكفي لقطع التقادم ، ويفرض القانون أن الدائن لم يرفع الدعوى أمام محكمة غير مختصة إلا عن خطأ مغتفر ، إذ لا مصلحة له في تكبد المصروفات وإضاعة الوقت في رفع الدعوى أمام محكمة غير مختصة إلا إذا كان قد وقع في هذا الخطأ . و (السبب الثاني) أن الدائن ، وقد رفع الدعوى على المدين بطلبه بحقه ، قد أظهر بذلك نيته الحقيقية في أنه يريد تقاضى هذا الحق ، ويستوى في ظهور هذه النية أن تكون الدعوى مرفوعة أمام محكمة مختصة أو أمام محكمة غير مختصة ، وهذه النية من جانب الدائن هي الأصل في قطع التقادم (٣) . ويستوى أن تكون المحكمة غير مختصة اختصاصاً عملياً

= رقم ٤٧ ص ٩٩) . وتوجه الدعوى في الوقف إلى ناظره ، وفي التركة إلى أحد الورثة . وقد قضت محكمة النقض بأن دائن الوقف إذا رفع الدعوى ضد ناظر الوقف قطع التقادم (نقض مدني ١٧ مارس سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٩٧ ص ٧٣٩) . وقضت محكمة سوهاج بأن مطالبة أحد الورثة بدین على التركة بقطع التقادم بالنسبة إلى جميع الورثة (١٠ مارس سنة ١٨٩٢ الحقوق ٧ ص ٢٩) .

(١) استئناف مخطوط ١٧ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٢٣٠ .
(٢) مجموعة الأعمال للتجسرية ٣ ص ٢٣٢ - وانظر تلويغ نص المادة ٢٨٣ مدني آنفاً
فقرة ٦٢٨ في الماش .

(٣) استئناف مخطوط ١١ ديسمبر سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ٤٣ - ٧ مارس سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٩٤ - بودري وتيسيه فقرة ٤٩٦ .

أو غير مختصة اختصاصاً نوعياً ، ففي الحالتين ينقطع التقادم (١) . ويظل منقطعاً طوال المدة التي تستغرقها الدعوى المقامة ، ثم يسرى من يوم صدور الحكم النهائي بعدم الاختصاص تقادم جديد له صفات التقادم الذي قطع ومدته ويكون خاصاً لنفس القواعد التي تسرى عليه (٢) .

وتنص المادة ٢٢٤٧ من القانون المدني الفرنسي على أنه « إذا كانت صحيفة الدعوى باطلة لعيب في الشكل ، أو ترك المدعى الخصومة ، أو جعلها تسقط بمضي المدة ، أو رفضت دعواه ، فإن انقطاع التقادم يعتبر كأن لم يكن (٣) » . وليس في القانون المدني المصري مقابل لهذا النص ، ولكن النص ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة ، فيمكن الأخذ بأحكامه في مصر (٤) .

فصحيفة الدعوى ، أي المطالبة القضائية ، إذا كانت باطلة لعيب في

(١) ويبدو أن رفع الدعوى إلى محكمة لا ولاية لها (défaut de juridiction) يقطع التقادم لنفس السببين الذين قدمناهما في رفع الدعوى إلى محكمة لا اختصاص لها ، فمسائل الولاية أشد تعقيداً في بعض الأحوال من مسائل الاختصاص ، ونية الدائن في المطالبة بالدين محققة (غارب نقض مدني ٦ أبريل سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٧٦ ص ٥٣٥) . لكن إذا كان عدم ولاية المحكمة أو عدم اختصاصها من الموضوع بحيث لا يكون هناك أي محل للقبس ، فالظاهر أن التقادم لا ينقطع . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن رفع الدعوى ابتداءً إلى محكمة الاستئناف لا يقطع التقادم (١٩ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٤٤) .

(٢) نقض مدني ١٣ ديسمبر سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٥ رقم ٨ ص ١٣ - وتقضي المادة ٢١٢ من القانون المدني الألماني بأن التقادم لا ينقطع بالمطالبة القضائية أمام محكمة غير مختصة إلا إذا رفع الدائن الدعوى أمام المحكمة المختصة في خلال ستة أشهر من يوم صدور الحكم بعدم الاختصاص أو من يوم سحب القضية من المحكمة غير المختصة .

(٣) وهذا هو النص في أصله الفرنسي : Art. 2247 : Si l'assignation est nulle pour défaut de forme, si le demandeur se désiste de sa demande, s'il laisse périmer l'instance, ou si sa demande, est rejetée, l'interruption est regardée comme non avenue.

(٤) استئناف مختلط ٥ فبراير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٢٠٣ - ٢ يناير سنة ١٩٣٥ م ٤٢ ص ١٤٩ - ٢٣ فبراير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٩٧ - ٨ ديسمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٦٣ - ٢٢ مارس سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٥٠ - ١٨٠ - أما سقوط الحكم النهائي فلا يتوقف عليه زوال أثر انقطاع المدة (المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٢٢) .

الشكل ، فليس لها وجود قانوني ، ولا يترتب عليها أى أثر ، ومن ثم لا تقطع التقادم (١) .

كذلك إذا كان الدائن ، بعد أن رفع الدعوى على المدين ففطن التقادم ، ترك الخصومة ، بإعلان منه للمدين على يد محضر ، أو بتقرير منه في قلم الكتاب ، أو ببيان صريح في مذكرة موقع عليها منه أو من وكيله مع اطلاع خصمه عليها ، أو بإبدائه شفوياً بالجلسة وإثباته في المحضر (م ٣٠٨ مرافعات) ، مع ملاحظة وجوب قبول المدين لترك الدائن للخصومة إذا كان المدين قد أبدى طلباته في الدعوى قبل صلور الترك من الدائن (م ٣٠٩ مرافعات) (٢) . فانه و يترتب على الترك إلغاء جميع إجراءات الخصومة بما في ذلك صحيفة الدعوى ، والحكم على التارك بالمصاريف . ولكن لا يمس ذلك الحق المرفوعة به الدعوى ، (م ٣١٠ مرافعات) . وغخلص من ذلك أنه إذا ترك الدائن الخصومة على النحو الذى قدمناه ، ترتب على هذا الترك إلغاء صحيفة الدعوى وإلغاء ما ترتب عليها من آثار ، ومن ذلك انقطاع التقادم ، فيعتبر هذا الانقطاع كأن لم يكن . ويعتبر التقادم ، الذى كان قد بدأ سريانه ، مستمراً أبداً في السريان . فاذا

(١) استثنائاً مخطط ٢٠ يناير سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٠٥ - ٢٦ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٩٩ - ومع ذلك قارن ١٢ يناير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٠٥ - وينتقد الفقه الفرنسي التماس ما بين الحكم القاضي بأن المطالبة القضائية أمام محكمة غير مختصة تقطع التقادم والحكم القاضي بأن المطالبة القضائية الباطلة شكلاً لا تقطع التقادم ، مع أن البطلان في الحالة الأولى يرجع إلى الدائن وفي الحالة الأخرى قد يرجع إلى المحضر (ماركاديه م ٢٢٤٢ فقرة ٣ - لوران ٣٢ فقرة ٩٧ - جيلوار فقرة ٢٠٩ - وانظر المادة ٣٥٧ من تقنين الموجبات والمقود الثباني آنفاً فقرة ٦٢٨ في الهامش) . ويدافع بودرى وتيسيه عن هذه التفرقة بأن المطالبة القضائية أمام محكمة غير مختصة لا تمنع إطلاقاً من ظهور نية الدائن المحفنة في تقاضيه لحقه كاسبق القول ، أما المطالبة القضائية الباطلة شكلاً فكثيراً ما يرجع بطلانها إلى غرض هذه النية أو إلى عدم جديتها ، فوجب الرجوع في شأنها إلى الأصل وهو انعدامها وعدم جواز ترتيب أى أثر عليها (بودرى وتيسيه فقرة ٤٩٨ ص ٣٧٦) .

(٢) ونص المادة ٣٠٩ مرافعات فنقول : « ومع ذلك لا يلتفت لاعتراضه (أى اعتراض المدين) على الترك ، إذا كان قد دفع بعدم اختصاص المحكمة ، أو بإسالة القضية إلى محكمة أخرى ، أو بطلان صحيفة الدعوى ، أو طلب غير ذلك مما يكون المقصد منه منع المحكمة من المعنى في سماح الدعوى » .

كان التقادم وقت ترك الخصومة قد اكتمل ، فان الحق يسقط بالتقادم . أما إذا كان التقادم لم يكتمل ، فان ترك الخصومة لا يمس الحق المرفوعة به الدعوى ، ولكن التقادم يستمر في سريانه إلى أن يكتمل فيسقط الحق ، أو إلى أن ينقطع بعمل آخر فينتهى تقادم جديد (١) . على أن ترك الخصومة ، إذا كان سببه رفع الدعوى أمام محكمة غير مختصة ، لا يكون من شأنه أن يلغى الأثر الذى ترتب على صحيفة الدعوى من قطع التقادم ، فقد تقدم القول بأن المطالبة القضائية تقطع التقادم ولو رفعت الدعوى أمام محكمة غير مختصة (٢) .

وإذا قضى بسقوط الخصومة لانقضاء سنة من آخر إجراء صحيح من إجراءات التقاضى دون أن يسار فى الدعوى بفعل الدائن أو امتناعه ، وذلك وفقاً للمواد ٣٠١ - ٣٠٣ من تقنين المرافعات ؛ فان الحكم بسقوط الخصومة - كما تقول المادة ٣٠٤ من تقنين المرافعات - « يترتب عليه سقوط الأحكام الصادرة فيها بإجراء الإثبات وإلغاء جميع إجراءات الخصومة ، بما فى ذلك صحيفة الدعوى ، ولكنه لا يسقط الحق فى أصل الدعوى ، ولا فى الأحكام القطعية الصادرة فيها ولو كانت غيائية ، ولا فى الإجراءات السابقة لتلك الأحكام أو الإقرارات الصادرة من الخصوم أو الأيمان التى حلفوها » . ويخلص من هذا النص أن الحكم بسقوط الخصومة يترتب عليه إلغاء صحيفة الدعوى بما ترتب عليها من الآثار ، ومن ذلك قطع التقادم . فيعتبر انقطاع التقادم كأن لم يكن ، وأن التقادم لا يزال سارياً منذ البداية . فان كان قد اكتمل وقت الحكم بسقوط الخصومة ، سقط الحق . وإن كان لم يكتمل ، فان الحكم بسقوط الخصومة لا يسقط الحق نفسه ، ولكن التقادم يستمر فى سريانه إلى أن يكتمل فيسقط الحق ، أو إلى أن ينقطع بعمل آخر فينتهى تقادم جديد (٣) .

(١) وفى التقنين المدنى الألمانى (٢١٢ م) ، إذا ترك الدائن الخصومة ، لم يعتبر انقطاع التقادم كأن لم يكن إلا إذا لم يرفع الدائن دعوى جديدة فى خلال ستة أشهر .

(٢) بودرى وتيسيه فقرة ٥٠٢ .

(٣) وتنص المادة ١/٣٠٥ مرافعات على أنه « متى حكم بسقوط الخصومة فى الاستئناف ، اعتبر الحكم المستأنف انتهائياً فى جميع الأحوال » . فإذا كان الحكم الابتدائى الذى أصبح انتهائياً قد قضى برفض طلب الدائن ، فإن انقطاع التقادم الذى كان قد ترتب على صحيفة دعواه الابتدائية يعتبر كأن لم يكن . فلو أن رفض الدعوى الابتدائية كان راجعاً إلى سبب لا يصلح -

فاذا وقف السير في الدعوى أكثر من سنة ولم يطلب ذوو المصلحة من الخصوم الحكم بسقوط الخصومة ، انقضت الخصومة في جميع الأحوال بمضي خمس سنوات على آخر إجراء صحيح فيها (٣٠٧ مرافعات) . وانقضاء الخصومة يقع بحكم القانون ، بمجرد انقضاء الخمس السنوات ، دون حاجة إلى صدور حكم بذلك . ومتى انقضت الخصومة على هذا النحو ، فقد ألغيت جميع إجراءاتها ، وألغيت صحيفة الدعوى وما ترتب عليها من الآثار ، ويدخل في ذلك انقطاع التقادم . فيعتبر هذا الانقطاع كأن لم يكن ، وأن التقادم لا يزال سارياً منذ البداية (١) . فإن كان قد اكتمل وقت انقضاء الخصومة ، فقد سقط الحق . وإن كان لم يكتمل ، بقى الحق قائماً إلى أن تكتمل المدة فيسقط ، أو إلى أن ينقطع التقادم بعمل آخر فينتلئى تقادم جديد .

بقى الفرض الأخير ، وهو زوال انقطاع التقادم برفض الدعوى . وقد يقال مادام الدائن قد رفضت دعواه ، فهو لا يستطيع رفعها من جديد ، وإلا دفعها المدين ، لا باكتمال التقادم بعد أن زال ما أصابه من انقطاع ، ولكن بقوة الأمر المقتضى . فلا حاجة إذن إلى البحث في زوال انقطاع التقادم ، واحتمال تكامله بعد هذا الزوال . ولكن الفقه الفرنسي يجب على ذلك بأن هناك أحوالاً يفيد فيها القول بأن التقادم قد زال انقطاعه ، وأنه مستمر في سريانه منذ البداية . ويتحقق ذلك في الفرضين الآتيين : (١) قد يرفع الدائن الدعوى على المدين فيقطع التقادم ، ثم ترفض دعواه لسبب لا يرجع إلى موضوع الحق . فقد ترفض دعواه مثلاً بالحالة التي هي عليها ، فيستطيع رفعها من جديد بعد أن يستوفى الشروط التي كانت غير متوافرة . فإذا رفعت الدعوى الجديدة ، لم يستطع المدين أن يدفعها بقوة الأمر المقتضى ، ولكن له أن يدفعها بالتقادم إذا كان قد تكامل . ولا يستطيع الدائن أن يعترض على ذلك بأن التقادم قد

= موضوع الحق، وجزأ رفع الدعوى من جديد، أمكن المدين أن يحتج بالتقادم إذا كان قد تكامل . ولا يعترض عليه الدائن بأن التقادم قد انقطع بصحيفة الدعوى الأولى ، فقد زال أثر الانقطاع برفض الدعوى .

(١) استئناف مختلط ٨ أبريل سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٤٧ (وانقضاء الخصومة في تفتين المرافعات السابق كان يقع بانقضاء خمس عشرة سنة) .

انقطع برفع الدعوى الأولى ، فان الدعوى الأولى بعد أن رفضت قد زال أثرها في قطع التقادم (١) . (٢) قد يرفع أحد الدائنين المتضامين الدعوى على المدين ، فيقطع التقادم ويفيد من ذلك سائر الدائنين المتضامين (٢) . ثم ترفض الدعوى ، فلا يضار برفعها سائر الدائنين المتضامين (٣) . فاذا رفع أحد هؤلاء الدعوى على المدين ، لم يستطع هذا أن يدفع الدعوى بقوة الأمر المقضى . وإنما يستطيع أن يدفعها بتقادم الحق ، إذا كانت مدة التقادم قد اكتملت . ولا يستطيع الدائن الذى رفع الدعوى الجديدة أن يعترض بأن التقادم قد انقطع برفع الدعوى الأولى ، فقد زال هذا الانقطاع برفض هذه الدعوى (٤) .

٦٣٠ - **التنبيه** : ويلجأ الدائن إلى قطع التقادم عن طريق المطالبة القضائية ، إذا لم يكن بيده سند واجب التنفيذ . أما إذا كان بيده هذا السند - حكم أو سند رسمى - فإنه لا يرفع دعوى على المدين ، بل يبادر إلى التنفيذ على ماله بموجب السند الذى بيده . ويسبق إجراءات التنفيذ تنبيه (commandement) نص عليه تقنين المرافعات ، فهذا التنبيه يقطع التقادم (٥) ، وأثره فى ذلك هو نفس الأثر الذى يترتب على رفع الدعوى (٦) .

ويجب أن يكون التنبيه صحيحاً حتى يقطع التقادم . كذلك يجب أن يكون صحيحاً السند الواجب التنفيذ الذى يستند إليه التنبيه .

ويعقب التنبيه عادة التنفيذ ، ويكون بطريق الحجز على أموال المدين .

-
- (١) بودرى وتيسيه فترة ٥٠٥ .
 - (٢) ذلك أن الدائن المتضامن الذى قطع التقادم يتبر نائياً عنهم فيما يقدم ، فيمتد التقادم قد انقطع لمصلحتهم هم أيضاً (انظر آنفاً فترة ١٤٤) .
 - (٣) ذلك أن الدائن المتضامن لا يبر نائياً عنهم فيما يضرهم ، فلا يمتد إليهم أثر الحكم برفض الدعوى (انظر آنفاً فترة ١٤٥) .
 - (٤) بودرى وتيسيه فترة ٥٠٤ .
 - (٥) استئناف مخطوط ٣ فبراير سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٢٤ - ٢٥ مارس سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١١ - ٨ مايو سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٩٤ .
 - (٦) المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٣٢ .

ولكن لا يشترط ، حتى يقطع التنبيه التقادم ، أن يعقبه الحجز (١) . وإذا ما أعقبه فعلا ، فلا يشترط أن يكون الحجز صحيحاً . فقد يعقب التنبيه حجز باطل ، أو لا يعقبه حجز ما ، ومع ذلك يبقى حافظاً لأثره من قطع التقادم . ولكن يسرى في هذه الحالة تقادم جديد ، إذا اكتملت مدته قبل أن ينقطع تقادم الدين (٢) .

ويقوم مقام التنبيه في قطع التقادم الإنذار الذي يوجهه الدائن المرتهن لحائز العقار المرهون بالدفع أو التخلية (م ٦٢٦ مرافعات) ، فهو من مقدمات التنفيذ ، والسند الذي يجرى التنفيذ بموجبه هو عقد الرهن الرسمي .

وإذا أراد الحائز تطهير العقار المرهون ، جاز للدائن المرتهن أن يطلب بيع العقار المطلوب تطهيره (م ١٠٦٧ مدني) ، ويكون الطلب باعلان يوجه إلى الحائز وإلى المالك السابق . فهذا الاعلان يقوم هو أيضاً مقام التنبيه في قطع التقادم بالنسبة إلى دعوى الرهن .

٦٣١ - الحجز وقضى المادة ٣٨٣ مدني ، كما رأينا ، بأن التقادم

ينقطع أيضاً بالحجز (saisie) . فالحجز إذن يقطع التقادم ، سواء كان حجزاً تنفيذياً أو حجزاً تحفظياً . غير أن الحجز التنفيذي يسبقه تنبيه هو أيضاً يقطع التقادم ، أما الحجز التحفظي فلا يسبقه هذا التنبيه ، ومن ثم لا ينقطع التقادم إلا من وقت توقيع الحجز التحفظي بالذات .

في التنفيذ على العقار ، يبدأ التنفيذ بالتنبيه ، والتنبيه يقطع التقادم كما رأينا . ثم يسجل التنبيه في خلال ميعاد معين وإلا اعتبر كأن لم يكن (م ٦١٣ مرافعات) ، وفقد أثره في قطع التقادم . ويترتب على تسجيل التنبيه اعتبار العقار محجوزاً (م ٦١٥ مرافعات) ، فيعود التسجيل وهو بمثابة حجز إلى قطع التقادم مرة أخرى . وتنص الفقرة الثانية من المادة ٦١٥ مرافعات على أن

(١) استئناف مخطط ٤ مارس سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٢٥٠ - ٨ يناير سنة ١٩٢٥ م ٣٧

ص ١٤٣ .

(٢) استئناف مخطط ٢٢ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٥١ .

« يسقط هذا التسجيل ويحصل شطبه بمجرد طلبه بعريضة تقدم إلى مكتب الشهر ، إذا لم يعقبه خلال المائتين والأربعين يوماً التالية له التأشير على هامشه بما يفيد الإخبار بإيداع قائمة شروط البيع أو صدور أمر قاضي البيوع بمد هذا الميعاد » . فإذا شطب التسجيل على هذا النحو ، زال أثره في قطع التقادم . ثم إن سقوط التسجيل يجعل التنبيه نفسه كأن لم يكن (١) فيزول كذلك أثر التنبيه في قطع التقادم . ومن ثم لا يعتبر التقادم قد انقطع لا بالحجز ولا بالتنبيه ، ويبقى مستدرأ في سريانه منذ البداية (٢) .

وفي الحجز التنفيذي على المنقول ، يسبق الحجز تنبيه (م ٤٩٨ مرافعات) ينقطع به التقادم . ثم يوقع الحجز ، فينقطع به التقادم مرة أخرى . وتنص المادة ٥١٩ مرافعات على أن « يعتبر الحجز كأن لم يكن إذا لم يتم البيع خلال ستة أشهر من تاريخ توقيعه ، إلا إذا كان البيع قد وقف باتفاق الخصوم أو بحكم المحكمة أو بمقتضى القانون . ومع ذلك لا يجوز الاتفاق على تأجيل البيع لمدة تزيد على ستة شهور من تاريخ الاتفاق » . فإذا اعتبر الحجز كأن لم يكن على هذا النحو ، زال أثره في قطع التقادم . ولكن يبقى مع ذلك أثر التنبيه الذي

(١) وذلك إذا كان التسجيل قد شطب في وقت لا يتمكن منه الدائن من إعادته في الميعاد القانوني ، أي إذا كان التسجيل قد شطب بعد انقضاء ستين يوماً على إعلان التنبيه (م ٦١٣ مرافعات) .

(٢) وقد نصت المادة ٦٣٢ مرافعات على أنه « يجب على قلم الكتاب خلال خمسة عشر يوماً التالية لإيداع قائمة شروط البيع أن يخبر به المدين والمأز والدائنين الذين سجلوا تنبياتهم والدائنين أصحاب الرهون الحيازية والرسمية وحقوق الاختصاص والامتياز الذين قيدت حقوقهم قبل تسجيل التنبيه ... » . ثم تنص المادة ٦٣٦ مرافعات على أن « يحظر المحضر الذي قام بإعلان ورقة الإخبار بإيداع قائمة شروط البيع مكتب الشهر بمحصل ذلك خلال ثمانية الأيام التالية . ويوقع الموظف المختص على أصل الإعلان بما يفيد طه بمحصله ، ويؤشر بذلك على هامش تسجيل التنبيه » . وتنص المادة ٦٣٧ على أن « جميع الدائنين المقيدة حقوقهم قبل تسجيل التنبيه وجميع الدائنين الذين سجلوا تنبياتهم يصبحون ، من تاريخ التأشير بمحصل الإعلان المشار إليه في المادة السابقة ، طرفاً في الإجراءات . ولا يجوز بعد ذلك شطب التسجيلات والتأشيرات المتعلقة بالإجراءات إلا برضاء هؤلاء الدائنين جميعاً أو بمقتضى أحكام نهائية عليهم » .

ويخلص من هذه النصوص أن الدائنين المقيدين على المقار يصبحون طرفاً في الإجراءات من وقت معين ، ومن ذلك الوقت ينقطع التقادم الساري ضدهم بالنسبة إلى حقوقهم (انظر في هذا المعنى برونزي وتيسيه فقرة ٥٢٣) .

سبق الحجز في قطع التقادم ، ويعتبر التقادم الجليد سارياً من وقت هذا التنبيه ، وكان قبل إلغاء الحجز منقطعاً بسبب هذا الحجز (١) .

وفي حيز ما للمدين لدى الغير ، إذا كان الحجز تحفظياً ، ينقطع التقادم بتوقيع الحجز تحت يد مدين المدين (م ٥٤٧ مرافعات) . ولا يسبق هذا الحجز تنبيه ينقطع به التقادم قبل ذلك كما رأينا في الحجز التنفيذي ، لأن الدائن يوقع الحجز بمقتضى أمر من قاضي الأمور الوقفية أو بموجب حكم غير واجب التنفيذ (م ٥٤٥ مرافعات) . وينقطع التقادم بهذا الحجز التحفظي ، ليس فحسب بالنسبة إلى الدين الذي في ذمة المدين للدائن ، بل أيضاً بالنسبة إلى الدين الذي في ذمة مدين المدين للمدين ، وفي كل هذا الدين لا فيما يعادل دين الدائن في ذمة المدين فقط (٢) .

٦٣٢ - الطلب الذي يتقدم به الدائن لقبول حقه في تغليس أو في توزيع وأى عمل يقوم به الدائن للمسك بحقه أثناء السير في امرى الدعاوى : وقد قضت المادة ٣٨٣ مدنى ، كما رأينا ، بانقطاع مدة التقادم و بالطلب الذى يتقدم به الدائن لقبول حقه في تغليس أو في توزيع وبأى عمل يقوم به الدائن للمسك بحقه أثناء السير في إحدى الدعاوى .

وقد نصت المادة ٢٨٨ من التقنين التجارى على أنه « يجب على المداينين ، ولو كانوا ممتازين أو أصحاب رهون على عقار أو منقول أو متحصلين

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن الحجز على المنقولات يقطع مدة التقادم ، ولو لم يتم التنفيذ بسبب رفع دعوى استرداد (١٦ يونيو سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٢ رقم ١٤ ص ٢٤٨) .

(٢) استئناف مصر ٣ يناير سنة ١٩٤٥ المجموعة الرسمية ٤٧ رقم ٢١ - استئناف مخطط ٢٧ فبراير سنة ١٨٨٩ م ١ ص ٧٢ - ٢٧ مارس سنة ١٨٨٩ م ١ ص ٨٩ - ١٢ يناير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٠٩ - ١٢ يونيو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٥٠٤ - وانظر بودرى وتيسيه فقرة ٥٢٠ - وقارن أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٥ هامش رقم ٣٢ - لوران ٣٢ فقرة ١١٦ .

انظر أيضاً في الحجز التحفظي على المنقول المواد ٦٠١ وما بعدها من تقنين المرافعات . وقارن بودرى وتيسيه ٥١٣ .

على الاختصاص بعقارات المفلس وفاء لديونهم ، أن يسلموا من تاريخ الحكم بإشهار الإفلاس سنداتهم إلى المحكمة مع كشف بيان ما يطلبونه من المبالغ ... ، والدائن الذى يتقدم فى تفليسة مدينه بسند دينه على النحو المتقدم ، يعتبر مطالبا بحقه مطالبة قضائية ، ومن ثم يقطع التقادم (١) . وإذا كان مجرد تقدم الدائن فى تفليسة مدينه يعتبر مطالبة قضائية بحقه يقطع التقادم ، فن باب أولى إذا كان الدائن قد تقدم بنفسه طالبا شهر إفلاس مدينه (م ١٩٦ تجارى) ، أو طالبا شهر إعساره (م ٢٥٠ مدنى) ، اعتبر هذا من الدائن مطالبة قضائية بحقه ، ويكون طلب شهر إفلاس المدين أو شهر إعساره قاطعا للتقادم (٢) . كذلك قبول الدائن فى التفليسة ، حتى لو يتقدم إليها بنفسه ، يعتبر بمثابة إقرار بحقه ، ويقطع التقادم كما يقطعه إقرار المدين بحق الدائن (٣) .

ويقطع التقادم أيضاً بتقدم الدائن فى توزيع لأموال المدين ، سواء كان تقسماً بالمحاصة أو توزيعاً بحسب درجات الدائنين . وقد نصت المادة ٧٣١ من تقنين المرافعات فى صدد التقسيم بالمحاصة على ما يأتى : « على كاتب المحكمة ... إعلان الدائنين الحاجزين فى موطن كل منهم المختار المبين بمحاضر المحجز ليقدموا إلى قلم الكتاب خلال ثلاثين يوماً طلباتهم فى التقسيم ومستنداتهم » . ثم نصت المادة ٧٣٣ من تقنين المرافعات على أنه « لا يقبل طلب من أحد بعد مضي ثلاثين يوماً من تاريخ وصول آخر إعلان ، ويسقط حق من لم يتقدم من الدائنين فى التقسيم مهما تكن صفته أو صفة دينه ، وذلك بغير إخلال بحقه فى الرجوع على المتسبب بالتضمينات ، ولا بحقه فى الدخول بدينه فى تقسيم أو توزيع آخر » . فهذا الطلب الذى يتقدم به الدائن فى التقسيم على النحو المبين فى النصوص المقدمة الذكر يكون قاطعاً للتقادم ، لأنه يكون بمثابة مطالبة قضائية من الدائن بحقه . ويلاحظ أنه قبل أن يقطع التقادم بهذا الطلب ، قد انقطع بالحجز ، ولكن الطلب يقطع التقادم من جديد . ونصت المادة ٧٦٤ من تقنين المرافعات

(١) استئناف مغلط ١٧ إبريل سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٦٣ .

(٢) ويسرى تقادم جديد إذا لم يتخذ الدائن إجراءات من شأنها أن تستبق انقطاع التقادم

الأول (استئناف مغلط أول فبراير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٧٠) .

(٣) يودى وتيسيه فقرة ١٠٠ .

في صدد التوزيع بحسب درجات الدائنين على أن يقدم الطلب في التوزيع بعريضة يعين فيها الطالب موطناً مختاراً له في البلدة التي بها مقر المحكمة ، مشفوعة بالأوراق المؤيدة للطلب . وكل دائن لا يقدم طلبه في التوزيع على الوجه الصحيح في الميعاد يسقط حقه في الاشتراك في إجراءات التوزيع

فهذا الطلب الذي يتقدم به الدائن للاشتراك في التوزيع على النحو المبين في النص المتقدم ، يعتبر منه بمثابة مطالبة قضائية بحقه ، فيقطع التقدم (١) . ولما كان الدائنون الذين يتقدمون بطلباتهم في التوزيع بعضهم دائنون عاديون

(١) وكان القضاء المختلط في عهد تقنين المرافعات السابق يجعل دخول الدائن في التوزيع قاطعاً للتقدم ، وذلك لأنه كان يجب إعلان المدين بإجراءات التوزيع . أما القضاء الوطني فلم يكن يجب هذا الإعلان ، ومن ثم لم يكن دخول الدائن في التوزيع قاطعاً للتقدم .

وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الدخول في إجراءات التوزيع أمام المحاكم المختلطة بقطع التقدم (استئناف مختلط ١٣ مارس سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٨٥ - ٧ يونيو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٩٠ - ١٥ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٤٩ - ٢٥ مارس سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٣٠٣ - ١٣ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ٤١٣ - ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٨٧ - ٣١ أكتوبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٤ - ٢ مارس سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١٢٠ - ٢٣ يناير سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ٨٠) . ولكن التقدم في توزيع سقط بعد فتحه لا يقطع التقدم (استئناف مختلط ٢٧ فبراير سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١١٦) .

وقضت محكمة النقض بأن طلب فتح التوزيع لا يوجه قبل المدين ، فهو إذن لا يقطع سريان التقدم (نقض مدني ١٧ فبراير سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ٩٨ ص ٢٩٢) . وقضت كذلك بأنه متى كان المقرر في القضاء المختلط وجوب إعلان المدين بإجراءات التوزيع لدى المحاكم المختلطة ، صح اعتبار دخول الدائن في التوزيع مطالبة قضائية منه بالدائن قاطعة للتقدم . وإذن متى كان الحكم المطعون فيه ، إذ قضى برفض الإشكال واستمرار التنفيذ على أساس عدم سقوط الدين المحكوم به بالتقدم ، أقام قضاءه على أن العلاقة بين الطرفين نشأت في ظل القانون المختلط وهو الذي يحكمها ، مما يحتم منه حل المحكمة أن تسبى في قضائها بما جرت عليه أحكام المحاكم المختلطة في شأن النزاع القائم بين الطرفين ، وأن هذا القضاء قد استقر على أن دخول الدائن في توزيع مفتوح ضد مدينه قاطع للتقدم تأسيساً على أن النظام الذي جرى عليه قضاء هذه المحاكم كان يحتم إعلان المدين بإجراءات التوزيع وإعلانه بالحضور للاطلاع على القائمة الموقفة ، وأنه لا محل لاتباع قضاء المحاكم الوطنية في هذا الشأن لأن أساس هذا القضاء هو أن المدين لا يظن بالتوزيع المفتوح أمام المحاكم المذكورة ، فإن ما قرره هذا الحكم هو تطبيق صحيح للأحكام الواجب اتباعها في هذا الخصوص (نقض مدني ٥ يونيو سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٨٥ ص ١١٧٥ - وانظر أيضاً : نقض مدني ١٩ مارس سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٠٢ ص ٦٧٣) .

حاجزون على الثمن وبعضهم دائنون أصحاب رهون أو حقوق امتياز أو حقوق اختصاص ولو لم يكونوا حاجزين ، فإن التقادم يكون قد انقطع لمصلحة الحاجزين منهم بالحجز ثم أعيد قطعه بطلب الاشتراك في التوزيع ، وينقطع التقادم لمصلحة أصحاب الرهون أو حقوق الامتياز أو حقوق الاختصاص لأول مرة بالطلبات التي يتقدمون بها للاشتراك في التوزيع .

وقد رأينا أن آخر عبارة في المادة ٣٨٣ مدنى تقضى بانقطاع التقادم بأى عمل يقوم به الدائن لتسك بحقه أثناء السير في إحدى الدعاوى . ومن هذه الأعمال الطلبات العارضة المقدمة من الدائن إذا كان مدعى عليه ، وتدخل الدائن في دعوى سبق رفعها (١) . فإذا رفع المدين دعوى على الدائن يطالبه فيها بحق له في ذمته ، ورفع الدائن الدعوى مطالباً بحقه الذى له في ذمة مدينه وطالباً بإجراء المقاصة القضائية بين الحق الذى له والدین الذى عليه ، فإن الدائن بهذا الطلب العارض يكون قد قطع التقادم ؛ لأنه يكون قد تمسك بحقه أثناء السير في إحدى الدعاوى (م ١٥٢ مرافعات) . كذلك إذا تدخل الدائن في دعوى يكون مدينه فيها أحد الخصوم ، مطالباً في تدخله المدين بحقه في ذمته ، فإنه يكون بهذا التدخل قد قطع التقادم ، إذ قد تمسك بحقه أثناء السير في إحدى الدعاوى (م ١٥٣ مرافعات) (٢) .

-
- (١) المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٢٢ .
 (٢) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن مواجهة الخصم لخصه في مرافعة ومذكراته بدعيته باعتباره مستحق الأداء تعتبر قاطعة للتقادم ، بشرط أن تكون مصحوبة بطلب إلزام المدين بالدین ، سواء أكان ذلك في صحيفة الدعوى أم في المرافعة أم في المذكرات (٨ نوفمبر سنة ١٩٢٩ المحاماة ٢٠ رقم ٢٩٩ ص ٧٢٢) . وقضت أيضاً بأن إعلان تعديل الطلبات قاطع للتقادم (٤ مارس سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ١٧٢ ص ٣٤٠) . وقضت محكمة الاستئناف المختلة بأن إجراءات التنفيذ تقطع للتقادم (٩ مارس سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ١٦٥) ، وأن إعلان الحكم الابتدائى بما يتضمنه من طلب للدین يقطع التقادم ولو رفع استئناف عن الحكم (١٥ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٤٩) ، وأن الصلح يقطع التقادم (٣١ يناير سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ١٢٢) ، ولكن الصلح على أحد الطلبات المقدمة في الدعوى لا يقطع التقادم بالنسبة إلى الطلبات الأخرى التي لم يتناولها الصلح وهي مستقلة عن الطلب الأول (٣ أبريل سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٤٨) . وقضت محكمة استئناف مصر بأن المفاوضات التي تجري بين الخصوم توصلا لصلح لا تنقطع التقادم ، إلا إذا اعترف المدين في خلالها بصحة الدين اعترافاً يمكن اعتباره تنزلاً عن التسك بالتقادم ، =

٢٥ - الأسباب الصادرة من المدين - إقراره بحق الدائن

٦٣٣ - تكيف الإقرار الصادر من المدين بحقوق الدائن :

رأينا أن الفقرة الأولى من المادة ٣٨٤ مدني تنص على أن : ينقطع التقادم إذا أقر المدين بحق الدائن إقراراً صريحاً أو ضمنياً . فإذا مضت مدة على استحقاق الدين دون أن يتكامل التقادم ، ثم أقر المدين بأن الدين لا يزال في ذمته ، فإنه يكون بهذا الإقرار قد نزل عما انقضى من مدة . ولما كان الزول عن مدة التقادم كلها بعد تكاملها جائزاً ، كذلك يجوز الزول عن بعض مدة التقادم بعد انقضائها (١) . ويؤدي ذلك إلى انقطاع التقادم الذي كان سارياً وعدم الاعتداد بالمدة التي انقضت ، وابتداء تقادم جديد يسرى من وقت صدور الإقرار .

وليس الإقرار بالدين القاطع للتقادم هو مجرد تقرير للواقع من جانب المدين ، وإلا لكان عملاً مادياً (fait matériel) ، ولما كان من شأنه أن

= حل أن هذه المفاوضات إذا أدت إلى الإقرار بالدين من جانب بعض ورقة المدين فإن الإقرار يكون حجة قاصرة على المقر (٢٨ أبريل سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ٨١ ص ١٧٣) . وقضت محكمة طنطا بأنه إذا رفعت دعوى بالمطالبة بإيجار قبل مضي خمس سنوات على استحقاقه وتم الصلح فيها ، فيعتبر التقادم منقطعاً حتى يوم التصديق على محضر الصلح ، وليس من شأن القضاء بطلان محضر الصلح لسبب ما أن يزول أثر الإجراءات السابقة عليه وما ترتب عليها قانوناً من انقطاع التقادم (٩ نوفمبر سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٢٢٢ ص ٤٢٢) .

ويذهب الفقه الفرنسي إلى أن تمسك الدائن بحقه في تحكيم (compromis) يقطع التقادم كما يقطنه تمسك الدائن بحقه أثناء السير في إحدى الدعاوى (تولوج فقرة ٥٦١ وفقرة ٥٩٤ - أوبري ورو ٢ فقرة ٢١٥ - لوران ٣٧ فقرة ١١٩ - جيلوار فقرة ٢٠٢ - بودي وتيسيه فقرة ٥١١ - وانظر أيضاً المادة ٢٢٠ من التقنين المدني الألماني) . ولا مانع من الأخذ بهذا الرأي في مصر ، فإن إجراءات التحكيم نظماً تقتضي المرافعات على نحو يجعلها متصلة اتصالاً وثيقاً بالهاكم والإجراءات القضائية ، ويجعل لقضاء إشرافاً عليها (انظر المواد ٨١٨ - ٨٥٠ من تقنين المرافعات) . فيجوز إذن اعتبار تمسك الدائن بحقه في خلال إجراءات التحكيم عملاً قاطعاً للتقادم ، ويبتدىء تقادم جديد من وقت انتهاء مهمة المحكمين . ويعتبر انقطاع التقادم كأن لم يكن إذا رفض طلب الدائن أو أبطلت إجراءات التحكيم (انظر المادتين ٨٤٩ - ٨٥٠ مرافعات) (١) انظر مايل فقرة ٦٦٣ .

يقطع التقادم (١). فان تقرير المدين أن الدين باق في ذمته ، كأمر واقع ، لا يتعارض في طبيعته مع استمرار سريان التقادم . ولكن الإقرار هنا ينطوي على زول المدين عن الجزء الذي انقضى من مدة التقادم ، فهو عمل مادي ينطوي على تصرف قانوني (٢) (acte juridique) . وهو كإقرار المدين أمام القضاء ، فقد قدمنا أن الإقرار أمام القضاء واقعة مادية تنطوي على تصرف قانوني هو زول المقر عن حقه في مطالبة خصمه باثبات ما يدعيه (٣) .

ولما كان الإقرار ، على التكييف الذي قررناه ، ليس نزولاً عن الحق نفسه ، بل نزولاً عن مدة التقادم التي انقضت ، لذلك لا يشترط في المدين الذي صدر منه الإقرار أهلية التصرف في الحق ، بل يكفي أن تتوافر فيه أهلية الإدارة (٤) . فالصبي المميز لإقراره صحيح وقاطع للتقادم ، في حدود أهليته للإدارة (٥) . كذلك يستطيع الولي أو الوصي أو القيم أن يقر بدين في ذمة القاصر أو المحجور ، ويكون لإقراره هذا قاطعاً للتقادم الذي بدأ يسرى في مصلحة القاصر أو المحجور ، بينما هو لا يستطيع أن ينزل عن حق للصغير أو للمحجور ولو باذن المحكمة .

وإقرار المدين بالدين ، على النحو الذي بيناه ، تصرف صادر من جانبه وحده . فلا حاجة لقبول الدائن لهذا الإقرار ، ولا يجوز للمدين بعد الإقرار أن يرجع فيه .

(١) استئناف وطني ٢١ يناير سنة ١٨٩٦ الحقوق ١١ ص ١٩٧ .

(٢) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٦٤ وفقرة ١٣٦٦ ص ٧٧٩ هامش رقم ١ - وقارن سالي في تعليقه على التفتين المئتي الألف م ٢٠٨ هامش ١ - بودوي وتيسيه فقرة ٥٢٨ ص ٣٩٢ - ص ٣٩٣ .

(٣) الوسيط جزء ثان فقرة ٢٤٩ .

(٤) أوبري ورو ٢ فقرة ٢١٥ وهامش رقم ٤٥ - جيلوار فقرة ٢٥٢ - بودوي وتيسيه فقرة ٥٣٦ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٦٧ - وقارن لوران ٣٢ فقرة ١٢٥ .

(٥) ولكن إقرار المتوهم لا يمتد به في قلع التقادم (قارب نقص مدني ٣ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١٩ ص ٣٧) .

٦٣٤ - الإقرار الصريح والإقرار الضمني : وقد يكون الإقرار من المدين بحق الدائن إقراراً صريحاً أو إقراراً ضمنياً (١) .

والإقرار الصريح لا يشترط فيه شكل خاص ، فأى تعبير عن الإرادة يفيد معنى الإقرار بالدين يكتفى . وقد يكون مكتوباً أو غير مكتوب ، فى صورة رسالة أو فى غير هذه الصورة ، موجهاً إلى الدائن أو غير موجه إليه . وقد يكون فى صورة اتفاق بين المدين والدائن ، أو فى صورة اتفاق بين المدين والغير ، أو صادراً من جانب المدين وحده دون أى اتفاق (٢) .

والإقرار الضمنى يستخلص من أى عمل يمكن أن يفيد معنى الإقرار . فيكون الإقرار ضمنياً إذا دفع المدين قسطاً من الدين ، أو دفع فوائده ، أو قدم رهناً أو كفالة لخصامه ، أو طلب مهلة للوفاء به ، أو عرض مقاصته فى دين مقابل (٣) . وقاضى الموضوع هو الذى يقدر ما إذا كان العمل الذى صدر من

(١) استئناف مختلط ٨ ديسمبر سنة ١٩٢٢ م ٤٥ ص ٦٤ - ٢ مايو سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٩١ .

(٢) وقد يرد الإقرار الصريح فى محضر جرد لحصر تركة الدائن ، أو فى إيجاب صادر من المدين دون أن يقبله الدائن ، أو فى قبول الدين فى تقليصة الدين ، أو فى بيع يصدر من المدين للغير مع إنابة المشتري فى دفع الثمن للدائن وفاء بالدين ، أو فى توكيل يصدر من المدين للغير للوفاء بالدين ، أو فى مذكرات يتقدم بها المدين فى قضية لا يكون الدائن خصماً فيها ، أو فى عقد قسمة ، أو فى تصفية شركة ، أو فى تصرف قانونى حكم بطلانه دون أن يمس البطلان الإقرار الصريح بالدين الوارد فى هذا التصرف (بودرى وتيسيه فقرة ٥٢٩) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن إقرار المسافر بالأقساط المتأخرة من الأجرة والتعهد بدفعها فى ميعاد معين يقطع التقادم ويسرى تقادم جديد مدته ١٥ سنة (١٣ ديسمبر سنة ١٨٨٩ م ٢ ص ٢٠٩) - وقضت أيضاً بأنه إذا تضمنت تسوية إقراراً بالدين ثم أبطلت التسوية ، بقى الإقرار قاطعاً للتقادم (٢١ يونيو سنة ١٩٢٢ م ٤٤ ص ٣٨٧) .

(٣) المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٣٥ - ص ٣٣٦ - وانظر أيضاً المادة ١/١٣٥ من تقنين الالتزامات السويسرى .

ويعتبر إقراراً ضمناً مفاوضة المدين للدائن فى مقدار الالتزام لا فى وجوده ، وعرض المدين على الدائن تمويشاً عن الالتزام ، وإجراء المدين تسوية مع الغير بقصد الوفاء بالدين . وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن الكتاب الذى يرسله المدين للدائن يطلب مهلة للداد يقطع التقادم =

المدين ينطوى على إقرار ضمني ، ولا معقب على تقديره من محكمة النقض (١).

— (٣٠ نوفمبر سنة ١٩٢٥ المجموعة الرسمية ٢٧ رقم ٦٧ ص ١٠٤) . وقضت أيضاً بأن سداد جزء من الدين اعتراف ضمني به فيقطع التقادم ، ويتفرع على ذلك أن المدين إذا قام بسداد أنساط الدين في خلال سنوات متوالية يكون قد قطع التقادم في تاريخ كل دفعة قام بسدادها إلى الدائن وفي كل تاريخ من تواريخ الإيصالات ، وينقطع التقادم أيضاً بالنسبة إلى الفوائد في خلال السنوات المتعاقبة (٣ يناير سنة ١٩٤٥ المجموعة الرسمية ٤٧ رقم ١٢١) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن سداد قسط من الدين إقرار ضمني به فيقطع التقادم (٢٣ يناير سنة ١٩٩٠ م ٢ ص ٢٢٨) .

ولا يعتبر إقراراً ضمناً مجرد أن يذكر الدائن وفاء المدين بقسط من الدين (استئناف مختلط أول مايو سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٣٢) . روضع الدعوى من البائع ضد المتعرض أو مدعي الملكية لا يعتبر إقراراً ضمناً بحق الضمان ، إذ يجب ألا يشوب الاعتراف لبس أو تأويل (استئناف مصر ٢٦ مايو سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ١٦٦ ص ٣١٤) . ورد المدين على الدائن بمترّف بأصل الدين ويقرر في الوقت ذاته برامة ذمته منه لا يقطع التقادم ، لأن الإقرار القاطع لتقادم هو الإقرار ببقاء الدين في ذمة المدين (استئناف مصر ١١ أبريل سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ رقم ٥٥٠ ص ٩١١) . وإذا عرض المدين أن يدفع مبلغاً على سبيل الصلح ، لم يعتبر هذا العرض إقراراً ضمناً بالدين ، إذ أن رغبة المدين في الصلح وحسم النزاع لا يستخلص منها حقاً أنه يقر بالدين في ذمته (نقض فرنسي ١٤ مايو سنة ١٩١٨ دالوز ١٩٢٦ ١ - ٢٠٤) . والمقاصة القانونية التي تقع بين جزء من الدين ودين مقابل لا تقيد الإقرار الضمني بالجزء الباقي من الدين ، لأن المقاصة القانونية قد تقع بدون إرادة المدين (بودوي وتيسيه فقرة ٥٣٠) . وقبول المدين مخالصة من الدائن يحتفظ فيها بسائر حقوقه في عبارة عامة مبهمة لا يهدأ اعترافاً ضمناً من المدين بدين معين ولا يقطع التقادم (بودوي وتيسيه فقرة ٥٢٩ ص ٣٩٥) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الإقرار القاطع لتقادم مسألة واقع لا تخضع لرقابة محكمة النقض (نقض مدني ٨ ديسمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢١٥ ص ١٥٦٧) . وقضت أيضاً بأن المسائل المتعلقة بانقطاع مدة التقادم مناط خصوصها لرقابة محكمة النقض هو للفرقة بين ما إذا كان قطع مدة التقادم مترتباً على اعتراف واضح اليد أو المدين بالحق المطالب هو به اعترافاً يجب الرجوع في استفادته إلى فعل مادي مختلف على دلالة أو إلى ورقة مقدمة في الدعوى يختلف على دلالتها الصريحة أو الضمنية كذلك ، وبين ما إذا كان مترتباً على ورقة الطلب المقدم المحكمة بالحق المطلوب استرداده أو انتفاضه . ففي الحالة الأولى لا رقابة لمحكمة النقض ، لأن حكم القاضي فيها يكون مبنياً على ما استنتجه من الأفعال أو الأوراق المقدمة المتنازع على دلالتها العقلية . أما في الحالة الثانية فيكون النزاع قائماً على ما لورقة الطلب من الأثر القانوني في قطع التقادم ، وعلى متى تكون الورقة قاطعة ، وفيه تكون ، أي على ما اشترطه القانون في ورقة الطلب (demande en justice) من الشرائط القانونية . فيكون فصل القاضي في ذلك فصلاً في مسألة قانونية يخضع فيه لرقابة محكمة النقض (نقض مدني ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة مصر ١ رقم ٢٢ ص ٣٤) .

وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٣٨٤ مدني ، كما رأينا ، على أنه « يعتبر إقراراً ضمناً أن يترك المدين تحت يد الدائن مالا له مرهوناً رهنًا حيازياً تأميناً لوفاء الدين » . وقد قدمنا أن مجرد تقديم رهن تأميناً لوفاء الدين يعتبر إقراراً ضمناً . أما إذا كان الرهن رهن حيازة ، وكان المرهون مالا مملوكاً للمدين ، فإن ترك المدين ماله في حيازة الدائن تأميناً لوفاء الدين هو إقرار ضمناً مستمر بالدين . ويبقى هذا الإقرار الضمني المستمر قائماً بعد استحقاق الدين ، مهما طالت المدة التي مضت على استحقاقه ، ويبقى التقادم منقطعاً ما دام المال المرهون في حيازة الدائن (١) . وهذا بخلاف الرهن الرسمي وحق الاختصاص وحق الامتياز ، فإن ثبوت حق من هذه الحقوق للدائن تأميناً لوفاء بالدين لا يعتبر إقراراً مستمراً من المدين بدينه . ولا ينقطع التقادم بقيد حق من هذه الحقوق ، ولا بتجديد القيد ، فإن القيد والتجديد أعمال صادرة من الدائن لا من المدين ،

(١) بودري وتيسيه فقرة ٥٣٠ - ولا يبدأ سريان التقادم الجديد إلا إذا خرج المال المرهون من حيازة الدائن (نقض مدني ١٧ فبراير سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ٩٦ ص ٢٨٥ - استئناف وطني ٥ أبريل سنة ١٩١٧ المجموعة الرسمية ١٨ رقم ٢/٩١ ص ١٦١ - ١٦ فبراير سنة ١٩٢٢ المحاماة ٢ رقم ١١٧ ص ٣٧٤ - مصر ٨ مارس سنة ١٩٠٤ الاستقلال ٣ ص ٤٢ - استئناف مخطوط ٣١ يناير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٠٥ - ١٦ أبريل سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٣١٣ - ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ٦٥ - ٣٦ مارس سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١٥٣) .

وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة أيضاً بأنه إذا قبل المدين أن يترك للدائن المرتهن الانتفاع بالعقار المرهون رهنًا رسمياً والاستيلاء على ريعه لسداد القوائد ، فلاستيلاء على الربيع يقطع التقادم بالنسبة إلى القوائد (استئناف مخطوط ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢١ م ٣٤ ص ٥٦) . وقضت كذلك بأن التأمين الذي يودعه المستأجر لضمان الأجرة عند المؤجر يعتبر بمشابهة أجرة مدفوعة مقدماً ، فلا يسرى في حقها التقادم ، وإنما يسرى على ما يقيق من الأجرة بعد خصم التأمين (استئناف مخطوط ١٧ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ١٠٦) . ولكنها قضت من جهة أخرى بأن الحبس لا يمنع من سريان التقادم ضد الدين المضمون بالحبس (استئناف مخطوط ١٥ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٥٤) . ولعل ذلك يرجع إلى أن الحبس ، بخلاف رهن الحيازة ، لا يميز للدائن أن يتقاضى حقه من غلة العين المحبوسة . ولكن رهن الحيازة يستبقى التقادم منقطعاً بمجرد أن العين المرهونة قد خرجت من يد المدين وانتقلت إلى حيازة الدائن ، وفي هذا يشترك الحبس مع رهن الحيازة . أما أن الدائن يتقاضى حقه من غلة العين المرهونة فهذا يقطع التقادم أيضاً ، ولكنه ليس ضرورياً لذلك ، بل يمكن لقطع التقادم انتقال العين إلى حيازة الدائن .

فلا تنطوى على إقرار ضمنى من المدين . أما ترك المدين ماله المرهون حيازة في يد الدائن فعمل سلبى صادر من المدين ، ومن ثم يكون منطويا على إقرار ضمنى بالمدين (١) .

٦٣٥ - إثبات الإقرار : ولما كان الإقرار واقعة مادية تنطوى على

تصرف قانونى ، ويغلب فيها معنى التصرف القانونى كما هو الأمر فى الوفاء ، فإن إثبات الإقرار يخضع للقواعد العامة فى إثبات التصرف القانونى ولو كان من جانب واحد . فيجوز الإثبات بجميع الطرق إذا كانت قيمة الالتزام الذى يراد قطع تقادمه لا تزيد على عشرة جنيهات ، فإن زادت وجب الإثبات بالكتابة أو بما يقوم مقامها (٢) . وعبء الإثبات يقع على الدائن الذى يدعى انقطاع التقادم .

كذلك إذا استخلص الإقرار الضمنى من تصرفات قانونية ، كوفاء قسط من الدين أو دفع الفوائد أو الوعد بتقديم ضمان ، وجب إثبات هذه التصرفات وفقاً للقواعد العامة المتقدم ذكرها ، فيجب الإثبات بالكتابة أو بما يقوم مقامها إذا زادت قيمة الالتزام على عشرة جنيهات ، ولو كان الجزء الموفى به من الدين

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد : « يراعى أن ترتيب رهن الحيازة منفرد بأن أثره لا يقتصر على قطع التقادم ، بل يجاوز ذلك إلى استدامة هذا الأثر ما بقى الشيء المرهون فى يد المرهن . فجرد ترك الدائن لشيء المرهون فى يد المرتهن ، وترخيصه لهذا المرتهن فى انتضاء حقه من إيراده ، يعتبر إقراراً ضمياً دائماً أو متجديداً : قانون المادة ١٤٠ من تقنين الالتزامات السريسة والمادة ٢٧٥ من التقنين البرلوى . أما وجود الرهن الرسمى والائتياز والاختصاص ، وقيد هذه الحقوق وتجهيد قيدها ، فليس من شأنها جميعاً قطع التقادم ، لأن المدين لا ينسب إليه فى هذه الحالة أمر مادى ينطوى على إقرار ضمنى بالمدين ، وبجرد وجود تأمين يكفل حق الدائن لا يمكن فى هذا الشأن » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٢٦) .

(٢) وإذا كانت الورقة التى تتضمن الإقرار بالمدين ورقة هرفية ، وجب أن تكون ثابتة بتاريخ حتى تسرى فى حق الغير (لوران ٣٢٢ - ١٣٢ - ماركاديه م ٢٢٤٨ - ١٠ - بودرى وتيسيه - ٥٣٨ ص ٤٠٣) . فإذا انقضى بالتقادم دين مضمون برهن متقدم ، لم يحز الاحتجاج على دائن مرتهن متأخر بأن التقادم قد انقطع بإقرار المدين ، فلم ينقضى الدين من أجل ذلك وبقي الرهن المتقدم إضراراً بالدائن المرتهن المتأخر ، وذلك ما لم يكن الإقرار بالمدين ثابت التاريخ فى وقت لم يكن فيه التقادم قد اكتمل .

أو القوائد المدفوعة أو الضمان الموعود بتقديمه قيمته أقل من هذا المبلغ (١) .

وقد يثبت الإقرار القاطع للتقادم بسند مؤيد (acte récongnitif)، وهو سند يتضمن إقراراً بحق سبق تدوينه في محضر يسمى بالسند الأصلي (acte primordial). وقد سبق بحث السند المؤيد عند الكلام في الإثبات (٢) . وقدمنا هناك أن السند المؤيد يصلح من الناحية القانونية لقطع التقادم، ومن الناحية العملية لتهيئة دليل للإثبات عند فقد السند الأصلي إذا كان هذا معرضاً للضياع . وبغلب أن يكون ذلك في الديون الطويلة الآجال وفي الإيرادات المؤبدة، حيث يحتاج الدائن من وقت إلى آخر أن يحصل على سند مؤيد لسنده الأصلي ، فيقطع التقادم ويجدد الدليل (٣) .

المطلب الثاني

الأثر الذي يترتب على انقطاع التقادم

٦٣٦- النصرة القانونية : تنص المادة ٣٨٥ من التقنين المدني

على ما يأتي :

١ - إذا انقطع التقادم بدأ تقادم جديد يسرى من وقت انتهاء الأثر المترتب على سبب الانقطاع ، وتكون مدته هي مدة التقادم الأول ١ .

٢ - على أنه إذا حكم بالدين وحاز الحكم قوة الأمر المقضي ، أو إذا كان الدين مما يتقادم بسنة واحدة وانقطع تقادمه بإقرار المدين ، كانت مدة التقادم خمس عشرة سنة ، إلا أن يكون الدين المحكوم به متضمناً لالتزامات دورية

(١) لوران ٣٢ فقرة ١٣٠ وما بعدها - أوبري ورو ٢ فقرة ٢١٥ - بودرى تيسيه

فقرة ٥٣٨ .

(٢) الوسيط ٢ فقرة ١٢٩ .

(٣) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٦٥ .

متجددة لا تستحق الأداء إلا بعد صدور الحكم (١) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ١٠٩/٨١ (٢) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة

٣٨٢ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٧٢ - وفي التقنين المدني العراقي المادة

٣٤٩ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٣٥٩ (٣) .

وبخلص من النص المتقدم الذكر أنه إذا انقطع التقادم ، زال أثره ،

وأصبحت المدة التي انقضت قبل انقطاعه كأن لم تكن ، فلا يعتد بها في حساب

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٢٠ من المشروع التمهيدى على نحو مطابق لما

استقر عليه في التقنين الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدى لم يكن يشتمل على عبارة « وانقطع تقادمه بإقرار المدين » بعد عبارة « إذا كان الدين مما يتقادم بسنة واحدة » الواردة في الفقرة الثانية . وفي لجنة المراجعة أدخل « قيد واجب على الدينون التي تقادم بسنة واحدة » فهذه إذا انقطع التقادم فيها بإقرار المدين انتفت علة التقادم بسنة واحدة ، لأن الإقرار يهدم قرينة الوفاء ، أما إذا انقطع التقادم بالمطالبة القضائية فإن مدة التقادم الجديدة تبقى سنة واحدة ، لأن قرينة الوفاء لا تزال قائمة . وأصبحت المادة رقمها ٣٩٨ في المشروع التام . ووافق عليها مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٣١٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٢٧ - ص ٣٢٩) .

(٢) التقنين المدني السابق م ١٠٩/٨١ : إذا انقطع التوالى في وضع اليد ، فلا تحسب المدة

السابقة على انقطاعه . (ويلاحظ أن هذا الأثر لانقطاع التقادم الوارد في التقادم المكسب يطبق أيضاً على التقادم المسقط : م ٢٦٩/٢٠٥ - والحكم واحد في التقنينين الجديد والسابق ، إلا أن التقنين الجديد أكثر وضوحاً للأحكام ، فقد حدد مبدأ سريان التقادم الجديد متى يختلف التقادم الجديد عن التقادم المنقطع ، وقد كان هذا معمولاً به في عهد التقنين السابق دون نص) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٣٨٢ (مطابقة للمادة ٣٨٥ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٣٧٢ (مطابقة للمادة ٣٨٥ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٤٣٩ : ١ - إذا انقضت المدة المقررة لعدم سماح الدعوى ، بدأت

مدة جديدة كالمدة الأولى . ٢ - حل إنه إذا حكم بالدين ، وحاز الحكم درجة البتات ، أو إذا كانت المدة المقررة لعدم سماح الدعوى سنة واحدة وانقضت بإقرار المدين ، كانت المدة الجديدة خمس عشرة سنة . (والحكم واحد في التقنينين المصري والعراقي . وما ورد في التقنين المصري من جعل الدين المحكوم به ، فيما قس من التزامات دورية متجددة لا تستحق الأداء إلا بعد صدور الحكم ، يتقادم بخمس سنوات لا بخمس عشرة سنة ، ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة ، فيؤخذ به في العراق) .

التقادم الجديد الذى يل التصادم المنقطع . وقد سبقت الإشارة إلى ذلك . وفى هذا يختلف انقطاع التقادم عن وقف التقادم ، فقد قدمنا فى وقف التقادم أن المدة التى سبقت الوقف تبقى ويعتد بها وتحسب فى مدة التقادم عند ما يعود إلى السريان بعد زوال سبب الوقف .

ثم إنه إذا زال التقادم المنقطع ، حل محله تقادم جديد يسرى من وقت انتهاء الأثر المترتب على سبب الانقطاع (١) . والأصل أن يكون هذا التقادم الجديد ، فى مدته وفى طبيعته ، مماثلاً للتقادم الأول الذى انقطع ، فيما عدا حالات استثنائية نص عليها القانون . ولا يمتد أثر الانقطاع فى الأصل إلا إلى الدائن الذى قطع التقادم ، وقد يمتد إلى غيره استثناء . ولا يتناول فى الأصل إلا الالتزام الذى انقطع فيه التقادم ، وقد يتناول غيره استثناء أيضاً .

فنبعث إذن المسائل الآتية : (١) مبدأ سريان التقادم الجديد الذى يحل محل التقادم المنقطع . (٢) متى يختلف التقادم الجديد عن التقادم المنقطع . (٣) متى يمتد أثر الانقطاع إلى غير الدائن الذى قطع التقادم . (٤) متى يتناول أثر الانقطاع غير الحق الذى قطع فيه التقادم .

٦٣٧ - مبدأ سريانه التقادم الجديد الذى يحل محل التقادم المنقطع :
قدمنا أن تقادماً جديداً يحل محل التقادم الذى انقطع . ومبدأ سريان هذا التقادم

= تقنين الموجبات والمقود البناني م ٣٥٩ : إذا انقطع حكم مرور الزمن على وجه قانونى ، فالوقت الذى تصرف قبل وقرع القفل الذى قطعه لا يدخل فى حساب المدة اللازمة لمرور الزمن . وهذه المدة ، الباقية على حالها ، تعود فتسرى مبدئياً منذ توقف العمل القاطع لمرور الزمن عن إنتاج مفاعيله . وإذا جرى الاعتراف بالدين فى حكم أو أثبت هذا الدين بحكم ، فالمهلة الجديدة لمرور الزمن تبقى عشر سنوات .

(وحكم التقنين البناني متفق مع حكم التقنين المصرى ، فيما عدا أن الاعتراف المكتوب بالدين فى التقنين البناني يحول مدة للتقادم الجديدة إلى عشر سنوات - وهى المعادلة لمدة الخمس عشرة سنة فى التقنين المصرى - دون تمييز بين دين ودين . أما فى التقنين المصرى ، فهنا يقصور على الديون التى تتقادم بسنة واحدة وعلى ديون أصحاب المهن المرة التى تتقادم بخمس سنوات) .

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى : « لا يقتصر أثر انقطاع التقادم على المهلولة دون سريان المدة ، بل يجاوز ذلك إلى محو ما انقضى من هذه المدة قبل تحقق سببه ، وهذا هو ما يفرقه عن الوقف ، فإذا كف الإجراء القاطع من ترتب أثره ، بدأ سريان تقادم جديد من هذا الوقت » (مجموعة الأعمال التفسيرية ٣ ص ٢٣٨) .

الجديد يختلف باختلاف السبب الذى قطع التقادم السابق .

فان كان السبب الذى قطع التقادم السابق هو المطالبة القضائية ، بقى أثر الانقطاع قائماً ما دامت الدعوى قائمة (١) . فان انتهت بحكم نهائى يقضى للدائن

(١) استئناف مخطط ٦ فبراير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١٠٨ - ٢٢ ديسمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ٦٩ - ٢٢ فبراير سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١٥٩ - ٦ فبراير سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ٨٨ - ١٧ فبراير سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١٠٦ - ١٣ مارس سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١٢٩ - ١٨ ديسمبر سنة ١٩٤٦ م ٥٩ ص ٥٦ .

وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كانت المحكمة ، مع تسليمها برفع الدعوى التى لم تقيد ، لم تفرق بين التقادم المسقط للحق نفسه والتقادم المسقط للدعوى (أى المسقط للمطالبة القضائية) المرفوعة بشأنه ، فاعتبرت أن قطع التقادم التمسى الذى يفتش عن رفع الدعوى لا يستمر إلا لمدة التقادم المسقط للحق ذاته ، فإنها تكون قد أخطأت . إذ أن لكل من تقادم الحق وتقادم الدعوى حكماً خاصاً . فالتقادم المسقط يقطع برفع الدعوى ، ويظل هذا الانقطاع مستمراً ما دام سببه قائماً . وإذا كان سبب الانقطاع هو الدعوى ، فيبقى التقادم منقطعاً إلى أن تسقط هى بالتقادم المسقط لها ومدته ١٥ سنة طبقاً لحكم المادة ٨٢ من القانون المدنى (السابق) ، وفى تقنين المرافعات الجديد المدة خمس سنوات فقط) . وما دامت هذه المدة لم تنقض ، فيبقى أثر الانقطاع قائماً . فإذا تحركت الدعوى فى أثناءها ، فتكون تحريكها صحيحاً لعدم سقوط الحق المرفوعة به (نقض مدنى ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٦٢ ص ٤٦٠) . وقضت أيضاً بأنه إذا صدر حكم بالدين ، ثم رفع المحكوم له دعوى نزاع ملكية ضد المدين ، وطلب الدائن بعد صدور الحكم بنزع الملكية تعيين يوم للبيع ، فعين لذلك يوم ، وأجل البيع عدة مرات للنشر ، ثم استبعدت القضية من الرول لعدم دفع مصاريف النشر ، وظلت مستبعدت حتى طلب الدائن تعيين يوم للبيع فعين ، ولما لم يحصل نشر قررت المحكمة رفع الدعوى عملاً بالقانون رقم ١٥ لسنة ١٩٣٧ الخاص بحماية الثروة العقارية ، فإن طلب الدائن تعيين جلسة للبيع ، وتعيين القاضي جلسة بناء على هذا الطلب ، وتداول الدعوى فى الجلسات إلى أن استبعدت من الرول ، ثم طلب الدائن تعيين جلسة للبيع بعد ذلك ، وتأشير القاضي على الطلب بإحالة الدعوى لنظرها أمام قاضى البيوع بالمحكمة التى نقل الاختصاص إليها ، ثم عرض هذا الطلب على قاضى البيوع بالمحكمة المختصة وتعيين جلسة بناء على هذا الطلب ، ثم طلب الدائن تعيين يوم للبيع بعد وقف الدعوى عملاً بقانون حماية الثروة العقارية - كل أولئك لا شك فى أنه من إجراءات دعوى نزاع الملكية التى يترتب على حصولها قيام الدعوى ومنع سقوطها بالتقادم ، ما دام لم يمض بين أى إجراء منها والذى يليه ولا على آخر إجراء المدة المسقط للدعوى (نقض مدنى أول مارس سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢١٧ ص ٥٨٢) . وقضت كذلك بأنه إذا كان يترتب على إعلان صحيفة الدعوى بطالب الفوائد انقطاع التقادم بالنسبة إليها ، فإن أثر هذا الانقطاع يمتد إلى أن يصدر الحكم النهائي فى الدعوى . وينبى على ذلك أن مضى المدة من تاريخ صدور الحكم الابتدائى حتى تاريخ استئنافه ، =

بطلباته ، بدأ سريان تقادم جديد من وقت صدور هذا الحكم . وسرى أن مدة هذا التقادم الجديد تكون دائماً خمس عشرة سنة ، ولو كان التقادم السابق مدته أقصر من ذلك . أما إذا انتهت الدعوى برفض طلبات الدائن ، أو ترك الدائن الخصومة ، أو حكم بسقوطها بعد سنة ، أو انقضت بمضى خمس سنوات ، فقد قلنا أن ذلك يترتب عليه إلغاء صحيفة الدعوى بما ترتب عليها من الآثار ، ومنها قطع التقادم . فيعتبر انقطاع التقادم كأن لم يكن ، وأن التقادم لا يزال سارياً منذ البداية ، فلا يكون هناك محل للكلام في تقادم جديد يحل محله ويسرى من وقت معين (١) . وقد تنتهى الدعوى ، إذا رفعت إلى محكمة غير مختصة ، بحكم نهائي بعدم الاختصاص . وفي هذه الحالة تبقى صحيفة الدعوى حافظة لأثرها من قطع التقادم ، فقد قلنا أن المطالبة القضائية تقطع التقادم ولو رفعت أمام محكمة غير مختصة (٢) ، ولا يسرى التقادم الجديد إلا من وقت صدور الحكم النهائي بعدم الاختصاص (٣) .

وإن كان السبب الذى قطع التقادم السابق هو التنبيه ، فإن التقادم الجديد يسرى فوراً عقب التنبيه ، ويبقى سارياً إلى أن يقطعه الحجز الذى يلى التنبيه .

والحجز ، إذا كان هو السبب فى قطع التقادم السابق ، يذوم أثره فى قطع التقادم ما دامت إجراءاته متعاقبة على النحو الذى قرره القانون ، حتى يصل إلى التقسيم أو إلى التوزيع . فإذا أقفل التقسيم أو التوزيع ، بدأ سريان التقادم الجديد من هذا الوقت .

كما طال ما دام باب الاستئناف ما زال مفتوحاً ، لا يترتب عليه سقوط الحق فى استئنافه ، كما أن الحق فى الفوائد يبق محفوظاً بحكم انقطاع المدة بعرضه للدعوى الابتدائية . وإذن فالحكم الذى يقضى برفض الدفع يسقط حق الاستئناف بالنسبة إلى الفوائد التى لم يقض بها الحكم الابتدائى استناداً إلى أنه ما دام باب الاستئناف مفتوحاً فتعتبر الدعوى المستأنفة حكماً بجميع طلباتها قائمة فلا تسرى أثنائها المدة المقررة لسقوط الحق المطالب به بخمس سنوات ، إذ القاعدة العامة أن طلب الحضور أمام القضاء يحفظ حقوق المدعى بأن يقطع سريان مدة التقادم فيستبدل بالمدعى كالت سارية من قبل المدة الطويلة المقررة فى سقوط جميع الحقوق - هذا الحكم صحيح فى القانون ولا خبار عليه (نقض مدنى ١٥ نوفمبر سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام التقنين ٣ رقم ٩ ص ٤٨) .

(١) انظر آنفاً فقرة ٦٢٩ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٦٢٩ .

(٣) استئناف مختلط ١٥ يونيو سنة ١٩٢١ م ٣٢ ص ٢٩٣ .

وإذا كان سبب انقطاع التقادم السابق هو التقدم في تغليس أو في توزيع ،
بقي أثر الانقطاع قائماً إلى أن تغفل التغليس أو التوزيع ، وعند ذلك يبدأ سريان
التقادم الجديد .

وكذلك الحال في كل عمل يقوم به الدائن للتمسك بحقه أثناء السير في إحدى
الدعاوى ، ففي انتهى الأثر المترتب على هذا العمل ، بدأ سريان التقادم
الجديد . فدعوى المدعى عليه مثلاً يبقى أثرها في قطع التقادم قائماً إلى أن تنتهى
الدعوى بحكم بالقبول أو بالرفض ، أو إلى أن تنقضى الخصومة بالترك أو
بالسقوط ، على النحو الذى قدمناه في دعوى المدعى . والتدخل كذلك يبقى
أثره قائماً في قطع التقادم ، إلى أن ينتهى هذا التدخل (١) .

وإذا كان سبب قطع التقادم هو إقرار المدين بحق الدائن ، بدأ سريان التقادم
الجديد فوراً عقب هذا الإقرار . هذا إلا إذا كان الإقرار مستخلصاً من حالة
مستمرة ، كما إذا كان في يد الدائن على سبيل الرهن الحيازى عين مملوكة
للمدين ، فقد قدمنا أن التقادم يبقى منقطعاً ما دامت العين المرهونة في يد
الدائن ، ولا يبدأ سريان التقادم الجديد إلا عند خروج العين من يده (٢) .

٦٣٨ - متى يختلف التقادم الجديد عن التقادم القديم : والأصل ،

كما قدمنا ، أن التقادم الجديد الذى يحل محل التقادم الذى انقطع يكون مماثلاً
لهذا التقادم السابق في مدته وفي طبيعته (٣) . ويستثنى من هذه القاعدة حالتان ،
يختلف فيهما التقادم الجديد عن التقادم السابق :

(الحالة الأولى) إذا انتهى السبب الذى قطع التقادم السابق بحكم حاز قوة

(١) فيقطع التقادم ، ويبقى منقطعاً طوال الوقت الذى يدوم فيه امر السبب فى انقطاعه .
ويبدو عند ذلك أن التقادم قد انقطع ثم أعقب انقطاعه وقف لسريانه . والصحيح أن التقادم
قد انقطع ، ويبقى منقطعاً إلى أن زال أثر السبب فى انقطاعه . وواضح أن بقاءه منقطعاً فيه ،
ووقف سريانه فيه آخر (بودرى وتيسيه فقرة ٥٤٣) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٦٣٤ .

(٣) وقد قضت محكمة الاستئناف المخططة بأن مدة التقادم تبقى كما كانت عندما تعود إلى
السريان بعد أن انقطعت من طريق التنبيه (١٠ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٣٦) .

الأمر المقضى أى بحكم نهائى . ففى هذه الحالة ، أياً كانت مدة التقادم السابق ، تكون مدة التقادم الجديد الذى يبدأ سريانه منذ صدور هذا الحكم النهائى خمس عشرة سنة كاملة ، ولو كانت مدة التقادم السابق أقصر كأن كانت خمس سنوات أو ثلاثاً أو سنة واحدة (م ٢/٣٨٥ مدنى) . ذلك أن الحكم النهائى يقرى الالتزام ، ويمده بسبب جديد للبقاء ، فلا يتقادم إلا بانقضاء خمس عشرة سنة من وقت صدور الحكم (١) . فإذا كان هذا الالتزام مما كان تقادمه السابق يقوم على قرينة الوفاء ، كحقوق أصحاب المهن الحرة والتجار والصناع والعمال والخدم والأجراء ، فإن هذه القرينة تزول نهائياً بصدور الحكم مثبتاً الدين فى ذمة المدين . فتكون مدة التقادم الجديد خمس عشرة سنة ، وهى مدة التقادم فى الأصل ، وذلك بعد أن انتهت قرينة الوفاء التى تأسست عليها المدة القصيرة فى التقادم السابق . وحتى لو كان الالتزام دورياً متجدداً ، وصدر حكم نهائى به ، فإن هذا الالتزام يزول عنه صفتا الدورية والتجدد ، فتكون مدة تقادمه هى المدة العادية وهى خمس عشرة سنة (٢) . وقد يتضمن الحكم فوق ذلك التزامات لم تزل عنها صفتا الدورية والتجدد ، كما إذا قضى للمؤجر بالمستحق من الأجرة وما يستجد منها منذ صدور الحكم إلى يوم التنفيذ . فإن الالتزام بالمستحق مع الأجرة قد فقد صفتى الدورية والتجدد ، لأنه مستحق يوم صدور الحكم ، فلا يتقادم إلا بخمس عشرة سنة . أما الالتزام بما يستجد من الأجرة إلى يوم

- (١) وإدراج الدائن فى قائمة التوزيع وصبرورة هذه القدمة نهائية يكون بمثابة الحكم النهائى بالمدين ، فيسرى بالنسبة إلى هذا الدين تقادم جديد مدته خمس عشرة سنة (استئناف مخطط ١٨ سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٣٥) .
- (٢) استئناف مخطط ٩ أبريل سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢١٨ - ١٣ فبراير سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ٩٤ .

وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه وإن كان الحكم القاضى بالمدين لا يصلح لأن يكون أساساً لنزع الملكية ، لإغفاله النص فى منطوقه على مقدار الدين ، إلا أنه يترتب عليه بالرغم من ذلك تغيير سبب الدين ، فتصبح المدة اللازمة لسقوط الحق هى مدة خمس عشرة سنة ، ولو كان من الممكن قبل صدور الحكم التمسك بسقوط الدين بمضى خمس سنوات إذا كان موضوعه مثلاً ربح حكر (١٧ فبراير سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٢٢ رقم ٤ ص ٥) . وقضت محكمة استئناف مصر بأن مدة التقادم خمس عشرة سنة بعد صدور حكم نهائى ، مهما كانت مدة التقادم للدين الأصل (٢٤ أبريل سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٣٩ ص ٦٠ - ١٦ يونيه سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٢٥٩ ص ٥٢٦) .

التنفيذ ، فيبقى محتفظاً لصفى الدورية والتجدد بالرغم من صدور حكم به ، لأنه غير مستحق يوم صدور الحكم ، بل هو يستحق على أقساط دورية متجددة ، فيتقادم كل قسط منها بخمس سنوات تسرى من الوقت الذى يحل فيه هذا القسط (١) .

(الحالة الثانية) هى ما تنضى به الفقرة الثانية من المادة ٣٨٥ مدنى ، إذ تقول : « على أنه ... إذا كان الدين مما يتقادم بسنة واحدة وانقطع تقادمه باقرار المدين ، كانت مدة التقادم خمس عشرة سنة » . ونحن نعلم أن الديون التى تقادم بسنة واحدة هى حقوق التجار والصناع وأصحاب القنادق والمطاعم والعمال والخدم والأجراء (٣٧٨ مدنى) . فهذه الحقوق إذا صدر بها حكم ، فالحكم لا يتقادم إلا بخمس عشرة سنة كما سبق القول . ثم إذا انقطع التقادم فيها عن طريق إقرار المدين بها ، فقد انتفت قرينة الوفاء التى يقوم عليها التقادم الحولى ، كما انتفت فى حالة الحكم بهذه الحقوق ، فيكون التقادم الجديد الذى يحل محل التقادم المنقطع بالإقرار مدته خمس عشرة سنة (٢) ، كدة التقادم الجديد الذى يحل محل التقادم المنقطع بالحكم . ولكن إذا انقطع التقادم فى هذه الحقوق بغير

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية المشروع التمهيدى : « يستبدل التقادم بانقضاء خمس عشرة سنة بالتقادم الخمسى كذلك إذا صدر حكم بالدين الدورى المتجدد حاز قوة الشئ المحكوم فيه . ذلك أن الدين يتحدد نهائياً بصور هذا الحكم ، وتزول عنه صفة الحلول الدورى ، فيسقط بانقضاء المدة العادية . فإذا تضمن الحكم فرق ذلك التزامات لم تزل عنها صفتها الدورية ، أى التزامات تصبح مستحقة الأداء فى المستقبل - كالحكم بما يستحق فى المستقبل من الإيجار - ظلت هذه الالتزامات خاضعة للتقادم الخمسى » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٣٨) .

(٢) انظر فى أن تحول مدة التقادم من مدة قصيرة إلى مدة طويلة يقوم فى القضاء الفرنسى على فكرة التجديد novation ، وفى انتقاد ذلك : بلاتويل وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٧٠ ص ٧٨٢ - ٧٨٣ .

وفى من البيان أن الدين إذا جدد ، فأياً كانت مدة تقادم الدين القديم ، تكون مدة تقادم الدين الجديد مستقلة عنها ، وتكون عادة خمس عشرة سنة تسرى من وقت التجديد ، أى من وقت نشوء الدين الجديد . وقد قضت محكمة النقض بأن الأصل فى انقطاع التقادم أنه لا يغير مقدار المدة التى حددها القانون لزوال الالتزام ، ما لم يرد نص على غير ذلك أو يصدر حكم بالدين أو يحصل تجديده . فإذا انقطع التقادم بإقرار المدين ، يكون الحكم فى تبديل المدة بسبب الإقرار منوطاً بما يستخلصه قاضى الموضوع من واقع الدعوى عن المقصود بإثبات الالتزام فى سند جديد ، هل هو من قبيل تجديد الدين أم لا . فإذا تبين له ما يبنى نية التجديد ، وأمام قضائه على أسباب مستسافة ، فلا محظ عليه فيه . وكذلك إذا ما ادعى الدائن تجديد الدين بدخوله فى حساب جاريه وبين «

الحكم وبغير إقرار المدين ، كأن ينقطع بالتبني أو بالحجز أو بالمطالبة القضائية التي تنتهي إلى حكم بعدم الاختصاص مثلاً أو بالتقدم في تفليس أو توزيع ، فإن التقدم الجديد الذي يعمل عمل التقدم السابق يكون مماثلاً له في مدته وطبيعته (١) ، فتكون مدة التقدم الجديد سنة واحدة ، ويقوم هذا التقدم الجديد على قرينة الوفاء (٢) .

= مدته ، فإن المعلن في هذا أيضاً يكون مل ما يحصله قاضي الموضوع من الوقائع المطروحة عليه من وجود الحساب الجاري أو عدمه (نقض مدق ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٥٨ ص ١٨٩) .

فإذا انقطع التقدم دون أن يتولى انقطاعه على تجديد ، ودون أن يكون الانقطاع من طريق الحكم النهائي أو عن طريق الإقرار بالدين التي تقدم سنة واحدة ، فإن الانقطاع ، ولو جاء عن طريق الإقرار ، لا يغير ما بين مدة التقدم الجديد والتقدم السابق (استئناف مدق ١١ ديسمبر سنة ١٩٢٥ الحامدة ٢ رقم ٧ ص ١٣) .

(١) استئناف مخطوط ٢٤ أبريل سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٨٩ - وقارن بلانيرول وريير وروان ٧ فقرة ١٣٧٠ ص ٧٨٢ هامش رقم ٢ .

(٢) وقد ورد تحول مدة التقدم من مدة قصيرة إلى مدة طويلة في مكان آخر في حالة خاصة من حالات إقرار المدين بالدين ، هي حالة تحرير سند بالدين . ففقت الفقرة الثانية من المادة ٣٧٩ مدق بأنه إذا حرر سند بحق من الحقوق المتقدمة الذكر - وهي حقوق للتجار والصناع وأصحاب الفنادق والمطاعم والمحال والحلم والأجراء التي تقدم سنة واحدة - فلا يتقدم الحق إلا بانقضاء خمس عشرة سنة ، وقد مر بيان ذلك . وهذا النص يؤكد الحكم العام في صورة خاصة من صورته ، فتحول السنة إلى خمس عشرة سنة إذا أقر المدين بالحق بوجه عام ، وبخاصة إذا أقر به عن طريق تحرير سند .

والفقرة الثانية من المسادة ٣٧٩ مدق تشمل أيضاً حقوق أصحاب المهن الحرة - الأطباء والمحاسبين والمحامين والمهندسين والخبراء وكلاء التفليسة والسياسة والأساتذة والمعلمين - فتحول مدة التقدم في هذه الحقوق من خمس سنوات إلى خمس عشرة سنة إذا حرر المدين سنداً بها . فلا يمكن هنا مجرده الإقرار ، بل يجب أن يكون الإقرار في صورة سند مكتوب . فإذا أقر المدين بالدين شفهاً ، أو كان الإقرار إقراراً ضمنياً ، فانقطع التقدم ، لم تتغير مدة التقدم الجديد ، بل تبقى مدة التقدم السابق خمس سنوات . وكان الواجب أن تشير الفقرة الثانية من المادة ٣٨٥ مدق إلى هذه الحقوق التي تتحول مدة التقدم فيها من خمس سنوات إلى خمس عشرة سنة إذا حرر بها سند مكتوب ، كما أشارت إلى الحقوق الأخرى التي تتحول مدة التقدم فيها إلى خمس عشرة سنة لصدر حكم بها لم صدور إقرار من المدين . والسبب في عدم الإشارة إليها أنها كانت في المشرع التمهيدى تتقدم سنة واحدة ، فكانت تندرج في الحقوق التي تتحول مدة التقدم فيها من سنة واحدة إلى خمس عشرة سنة لصدور إقرار بها من المدين ، فلم تكن في حاجة إلى إشارة خاصة . ولما عدلت - (م ٧١ - الوسيط)

٦٣٩ - متى يمتد أثر الانقطاع الى غير الدائن الذى قطع التقادم :

والأصل أن انقطاع التقادم وسريان تقادم جديد على النحو الذى بيناه فيما تقدم لا يمتد أثره الدائن الذى قطع التقادم (١) . فإذا كان الدين لعدة من الورثة ، ونجزاً عليهم ، وقطع أحدهم التقادم ضد المدين ، لم ينقطع التقادم لمصلحة الورثة الآخرين ، بل يقتصر أثر القطع على الوارث الذى قطع التقادم (٢) . كذلك إذا قطع الدائن التقادم ضد الكفيل ، لم ينقطع التقادم ضد المدين الأصل (٣) . وإذا قطع التقادم ضد المدين الأصل ، لم ينقطع التقادم ضد الكفيل (٤) . وإذا قطع الدائن التقادم بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامين ، فإن التقادم لا ينقطع بالنسبة إلى باقى المدينين المتضامين ، وقد نصت الفقرة

= مدة التقادم فيها غارتفت إلى خمس سنوات ، لم يلاحظ إدخال ما يقتضيه هذا التعديل من تعديل مقابل في نص الفقرة الثانية من المادة ٣٨٥ مدق .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الأثر المترتب على رفع الدعوى من جهة قطع التقادم لا يمتد من رافها ومن رفعت عليه . وإذا أحال الدائن أجنبياً بدئته ، فرغ هذا الأجنبى الدعوى بالدين أمام المحكمة المختلطة ، فقفست بعدم اختصاصها على أساس أن التحويل سوى ، فاستأنف الحكم ، ثم تنازل عن الاستئناف وطلب شطب الدعوى ، فحكمت بالشطب ، ثم رفع الدائن الأصل الدعوى بدئته أمام المحكمة الأهلية ، فدفع المدين بسقوط الحق فى المطالبة بضى المدة ، فإن رفع الدعوى أمام المحكمة المختلطة لا يمكن أن يمتد أثره رافها الأجنبى ، فيقطع التقادم بالنسبة إلى غيره (نقض مدق ٦ أبريل سنة ١٩٣٩ مجموعة محر ٢ رقم ١٧٦ ص ٥٣٥) .

(٢) كذلك إذا تقادم الدين الذى لأحد الورثة ، لم يستتج ذلك أن يتقادم الدين الذى للوارث الآخر . وقد نصت المادة ٤٣٦ من التقنين المدق العراق على هذا الحكم صراحة إذ تقول : « إذا ترك بضى الورثة الدعوى بدين موثرهم ، من غير ضرر ، المدة المقررة ، وكان لباقى الورثة عذر شرعى ، تسع دعوى هؤلاء بقدر حصصهم من الدين » . ويخلص من ذلك أيضاً أن وقف سريان التقادم بالنسبة إلى حصص بضى الورثة لا يقفه بالنسبة إلى حصص الآخرين .

(٣) ويترتب على ذلك أن التقادم قد لا يكتمل بالنسبة إلى الكفيل بسبب انقطاعه ، ويكتمل التقادم بالنسبة إلى المدين الأصل إذ هو لم ينقطع بانقطاع التقادم ضد الكفيل . فمنه ذلك يسقط دين المدين الأصل بالتقادم ، ويسقط تبعاً له التزام الكفيل بالرغم من عدم تقادمه ، إذ هو التزام تبعي يسقط بسقوط الالتزام الأصل (بودوى وتيسيه فقرة ٥٦٦) .

(٤) وقد قضت محكمة النقض بأن مطالبة المدين واستصدار حكم عليه بالدين لا يغير مدة التقادم بالنسبة إلى الكفيل المتضامن إذا كان لم يطالب ولم يحكم عليه منه (نقض مدق ٦ يونيو سنة ١٩٤٠ مجموعة محر ٣ رقم ٦٧ ص ٢٣٩) . انظر عكس ذلك المادة ٢٢٥٠ من التقنين المدق الفرنسى ، وينتقد الفقه الفرنسى ما ورد فى هذا النص (بودوى وتيسيه فقرة ٥٦٥) .

الثانية من المادة ٢٩٢ مدنى صراحة على هذا الحكم ، فقالت : « وإذا انقطع مدة التقادم أو وقف سريانه بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامين ، فلا يجوز للدائن أن يتمسك بذلك قبل باقى المدينين (١) » .

ولكن يستثنى من ذلك حالة ما إذا كان أحد الدائنين المتضامين ، قد قطع التقادم ضد المدين ، فان هذا يفيد باقى الدائنين المتضامين ، وينقطع التقادم لمصلحتهم هم أيضاً ضد المدين (٢) .

٦٤٠ - متى يتناول أثر الانقطاع غير المحي الذى قطع فيه

التقادم : والأصل أيضاً أن انقطاع التقادم لا يتناول إلا الحق الذى قطع فيه التقادم ، فلا يتناول أثر الانقطاع غيره من الحقوق (٣) . فاذا كان للدائن

(١) أما اذا قطع للدائن التقادم بالنسبة إلى أحد المدينين فى التزام غير قابل للانقسام ، فإن طبيعة عدم تجزئة المثل تقتضى حتماً أن ينقطع التقادم بالنسبة إلى باقى المدينين (انظر آنفاً فقرة ٢١٨) .

(٢) انظر المادة ٢/٢٨٢ مدنى عن طريق الاستنتاج العكسى ، وانظر آنفاً فقرة ١٤٤ - وانظر عكس ذلك فى القانون الفرنسى بودرى وتيسيه فقرة ٥٦١ - كذلك إذا قطع التقادم أحد الدائنين فى التزام غير قابل للانقسام ، انتفع بذلك سائر الدائنين ، كما فى التضامن ، لأن طبيعة عدم التجزئة تقتضى ذلك (انظر آنفاً فقرة ٢٢٦) .

وإدخال المدعى عليه لضمان فى الدعوى يقطع التقادم ، لا لمصلحة المدعى عليه فحسب ، بل أيضاً لمصلحة المدعى فى رجوعه بالضمان على الضامن (لوران ٣٢ فقرة ١٥٦ - جيلوار فقرة ٢٧٤ - أوبرى ورد ٢ فقرة ٢٢٥ - بودرى وتيسيه فقرة ٥٦٩) .

وقد قضى قنون ١٦ يولى سنة ١٩٣٤ فى فرنسا بأنه إذا أصدرت هيئة عامة أو خاصة سندات بقرض ، وقطع أحد حاملى هذه السندات تقادم الفوائد ، انقطع التقادم أيضاً لمصلحة الباقي من حامل السندات .

(٣) والتابع يلحق الأصل فى قطع التقادم ، والجزء يلحق الكل . فإذا انقطع التقادم بالنسبة إلى الدين ، انقطع أيضاً بالنسبة إلى الفوائد . كذلك إذا انقطع التقادم بالنسبة إلى الفوائد ، انقطع أيضاً بالنسبة إلى الدين . والمطالبة القضائية بجزء من دين حل بأكله يقطع التقادم بالنسبة إلى الدين كله ، ويقطع التقادم أيضاً بالنسبة إلى فوائد هذا الدين (بودرى وتيسيه فقرة ٥٧٨) .

وقد قضت محكمة النقض بأنه لا تعتبر صحيفة الدعوى المرفوعة بحق ما قاطمة للتقادم إلا فى خصوص هذا الحق أو ما التحق به من توابعه ، مما يجب لزوماً بوجوبه أو يسقط كذلك بسقوطه . فإن تغاير المحقق أو تغير مصدرها ، فالطلب الحاصل بأصلها لا يكون قاطعاً لمدة التقادم بالنسبة =

دينان في ذمة المدين، وقطع التقادم بالنسبة إلى أحد الدينين، فإن التقادم لا يتقطع بالنسبة إلى الدين الآخر (١). وفي الاشتراط لمصلحة الغير، إذا قطع المنتفع التقادم بالنسبة إلى حقه في ذمة المتهمد، لم يتقطع التقادم بالنسبة إلى حق المشترط في ذمة المتهمد (٢). وفي العلاقة ما بين الوصي والصغير عندما يبلغ سن الرشد، إذا طعن الثاني بالبطالان في المخالصة التي صدرت منه للوصي فقطع التقادم بالنسبة إلى هذه المخالصة، لم يتقطع التقادم بالنسبة إلى الدعوى بتقديم حساب عن مدة الوصاية (٣).

ويستثنى من ذلك حالة ما إذا كان حق واحد ينشئ دعويين مختلفتين ضد مدين واحد، فإن قطع التقادم في إحدى الدعويين يقطع التقادم في الدعوى الأخرى (٤). مثل ذلك ما نصت عليه المادة ٤٣٨ مدني من أنه : إذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لظف أصابه، جاز للمشتري إما أن يطلب فسخ البيع إذا كان النقص جسيماً بحيث لو طرأ قبل العقد لآتم البيع، وإما أن يبقى المبيع مع إنقاص الثمن. فهاتان دعويان نشأتا من سبب واحد هو نقص قيمة المبيع قبل التسليم لظف أصابه، فإذا قطع المشتري التقادم بالنسبة إلى دعوى الفسخ، انقطع التقادم تبعاً لذلك بالنسبة إلى دعوى إنقاص الثمن، أو قطعه بالنسبة إلى دعوى إنقاص الثمن فقد انقطع بالنسبة إلى دعوى الفسخ (٥). كذلك إذا رفعت

= إلى الحق الآخر (نقض مدني ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر ١ رقم ٢٢ ص ٣٤). وقضت محكمة استئناف مصر بأن انقطاع التقادم بالنسبة إلى الدين يسرى أيضاً بالنسبة إلى الفوائد وبالعكس، لأن الفوائد فرع عن الدين، وفقرع يتبع الأصل حكماً. فإذا سقط الحق في المطالبة بالدين، لا يسوغ منطقياً المطالبة بفوائده. كما أنه إذا ظل قائماً، يستحق عليه الفوائد القانونية، إلا إذا سقط الحق في المطالبة بها استقلالاً بعد مضي خمس سنوات (٢ يناير سنة ١٩٤٥ المجموعة الرسمية ٤٧ رقم ١٢١). وقارب أيضاً استئناف مخطط أول أبريل سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٥٧.

(١) استئناف مخطط ٢٧ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣١١.

(٢) بودري وتيسيه فقرة ٥٧٣ ص ٤٢٥.

(٣) نقض فرنسي أول مايو سنة ١٨٥٠ والوز ٥٠ - ١ - ١٥١ - لوران ٣٢

فقرة ٨٨ - أوبري ورو ٢ فقرة ٢١٥ - بودري وتيسيه فقرة ٥٧٤.

(٤) بودري وتيسيه فقرة ٥٧٤.

(٥) انظر كذلك أن وحدة الحبب مع تمتد الدعوى تجعل الحكم بالرفض في إحدى هذه

الدعوى حجية الأثر المقتضى بالنسبة إلى باقي الدعوى : الوسيط جزء ٢ فقرة ٣٧٨.

دعوى بصحة عقد زمني ينشئ التزامات متعاقبة ، فان رفع الدعوى يقطع التقادم بالنسبة إلى الالتزامات التي نشأت قبل رفع الدعوى ، وكذلك بالنسبة إلى الالتزامات التي لم تنشأ إلا بعد رفع الدعوى (١) .

الفرع الثاني

كيف يجب إهمال التقادم وما هي الآثار التي تترتب عليه

المبحث الأول

كيف يجب إهمال التقادم

٦٤١ - وجوب التمسك بالتقادم وجوؤه النزول عنه بعد اكتماله :
إذا اكتملت مدة التقادم ، بعد مراعاة أسباب الوقف والانتقطاع على النحو الذي تقدم ذكره ، فان الالتزام مع ذلك لا يسقط بالتقادم من تلقاء نفسه ، بل لا بد للمدين من أن يتمسك بالتقادم لسقوط الالتزام . بل إنه يجوز للمدين ، بعد تكامل مدة التقادم ، ألا يتمسك به وأن ينزل عنه ، فيبقى الالتزام قائماً ولا يسقط بالتقادم .

فنبحث إذن مسألتين : (١) وجوب التمسك بالتقادم أو الدفع بالتقادم
(٢) النزول عن التقادم .

(١) نقض فرنسي ٢٩ يونيو سنة ١٩٤٨ دالوز ١٩٤٨ — ٤٦٩ — بلانويول وريج
ورموان ٧ فقرة ١٢٧٢ ص ٣٨٨ — ص ٧٨٩ و ص ٧٨٩ هاشم رقم ١ .

المطلب الأول

وجوب التمسك بالتقادم

(الدفع بالتقادم)

٦٤٢ - النصوص القانونية : تنص المادة ٣٨٧ من التقنين المدني على ما يأتي :

« ١ - لا يجوز للمحكمة أن تقضي بالتقادم من تلقاء نفسها ، بل يجب أن يكون ذلك بناء على طلب المدين أو بناء على طلب دائنيه أو أى شخص له مصلحة فيه ولو لم يتمسك به المدين » .

« ٢ - ويجوز التمسك بالتقادم في أية حالة كانت عليها الدعوى ، ولو أمام محكمة الاستئناف (١) » .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادتين ٢٦٨/٢٠٤ و ٢٧٠/٢٠٦ (٢) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٤٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا أن الفقرة الثانية في المشروع التمهيدى كانت تنتهى بالعبارة الآتية « إلا إذا تبين من الظروف أن الشخص الذى يتمسك بالتقادم أراد بذلك أن يتنازل عنه » . وفي لجنة المراجعة عدلت هذه العبارة الأخيرة على الوجه الآتى : « إلا إذا تبين من الظروف أن الشخص الذى يتمسك بالتقادم أراد بعدم تمسكه به من قبل أن يتنازل عنه » ، وأصبحت المادة رقها ٤٠٠ في المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ حذفت العبارة الأخيرة المشار إليها ، لأن حكمها يستفاد من القواعد العامة ، وترك الأمر للقواعد العامة في التنازل من الحقوق وكيفية قيام الدليل عليه ، فأصبح النص بذلك مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدله لجنته تحت رقم ٣٨٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٤٢ - ص ٢٤٣) .

(٢) التقنين المدني السابق م ٢٦٨/٢٠٤ : مضى المدة المقررة بالقانون يترتب عليه سقوط التصهد واجبار برامة المتعهد منه إذا تمسك بذلك .
م ٢٧٠/٢٠٦ : إذا كان لمدين واحد عدة دائنين ، وانقضت المدة المقررة لتخلصه من =

وبقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٣٨٤ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٧٤ - وفي التقنين المدني العراقي المادة ٤٤٢ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادتين ٣٤٥ و ٣٤٧ (١) .
ويخلص من هذا النص ما يأتي : (١) لا تقضى المحكمة بالتقادم من تلقاء نفسها ، بل لا بد من التمسك به . (٢) ويتمسك بالتقادم المدين وكل ذي مصلحة . (٣) ويجوز التمسك به في أية حالة كانت عليها الدعوى .

١٥ - لا تقضى المحكمة بالتقادم من تلقاء نفسها بل لا بد من التمسك به

٦٤٣ - لا بد من التمسك بالتقادم : التقادم يسقط الدين بحكم القانون كالمقاصة ، فليس للقاضي سلطة تقديرية في أن يحكم بسقوط الدين بالتقادم

- دين أحدهم ، فلباق الدائنين أن يتمسكوا بنص تلك المادة ، ولو لم يتمسك بها المدين المذكور تدليهاً منه وإضراراً بحقوقهم .

(والأحكام متفقة في التقنينين السابق والجديد) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٣٨٤ (مطابقة للمادة ٣٨٧ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٣٧٤ (مطابقة للمادة ٣٨٧ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٤٤٢ : ١ - لا يجوز المحكمة أن تمنع من تلقاء نفسها من سماح

الدعوى لمرور الزمان ، بل يجب أن يكون ذلك بناء على طلب دائنيه أو أى شخص آخر له مصلحة في هذا الدفع ولو لم يتمسك به المدين . ٢ - ويجوز التمسك بالدفع في أية حالة كانت عليها الدعوى ولو أمام المحكمة الاستئنافية ، إلا إذا تبين من الظروف أن المدعى قد تنازل عن الدفع .

(والأحكام متفقة في التقنينين العراقي والمصري : انظر الأستاذ حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ٣٩٨) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٣٤٥ : لا يجري حكم مرور الزمن حتماً ، بل يجب أن يدل به من تم في مصلحته . ويمكنه الإدلاء به في جميع أطوار المحاكمة ، حتى في الاستئناف للمرة الأولى . ولا يجوز للقاضي أن يطبق من تلقاء نفسه أحكام مرور الزمن .

م ٣٤٧ : يحق لكل مدين متضامن والكفيل الإدلاء بمرور الزمن تجاه الدائن ، كما يحق لدائن آخر اللذين أن يدل به على الطريقة غير المباشرة . (والأحكام متفقة في التقنينين اللبناني والمصري) .

أو لا يحكم . ولكنه ، كما في المقاصة أيضاً ، لا يستطيع أن يحكم من تلقاء نفسه بسقوط الدين بالتقادم ، بل يجب على ذى المصلحة أن يتمسك بذلك (١) . فإذا ما تمسك ذو المصلحة (٢) ، وجب على القاضى أن يحكم بتقادم الدين (٣) .

وليس المقصود من التمسك بالتقادم أن يعلن ذو المصلحة إرادته في أن يجرى التقادم ، كما يعلن ذو المصلحة إرادته في أن يجرى المقاصة في القوانين الجرمانية ، بل إن التقادم يقع من غير هذا الإعلان كما تقع المقاصة في القوانين اللاتينية والقانون المصرى . وإنما أريد من وجوب التمسك بالتقادم أن يكون التقادم دفْعاً (exception) يدفع به المدعى الدائن ، وهو كالدفع بحجية الأمر المقضى (٤) لا يعتبر من النظام العام ، فلا يستطيع القاضى أن يأخذ به من تلقاء نفسه بل يجب أن يتمسك به المدعى (٥) كما قلنا .

وبخلاص من ذلك أمران : (أولاً) أن التمسك بالتقادم ليس تصرفاً قانونياً (acte juridique) قائماً على إرادة المدعى المنفردة (volonté unilatérale du débiteur) كما هو الأمر في التمسك بالمقاصة في القوانين الجرمانية ، بل هو دفع يدفع

(١) استئناف مخطط ١٢ يونية سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٥٠٣ .

(٢) وليس التمسك بالتقادم شكل خاص ، فأية عبارة تدل بوضوح على أن المدعى يتمسك بالتقادم تكفى . وإذا تمسك المدعى بالتقادم أمام محكمة أول درجة ففقت له بذلك ، فبحسبه أمام محكمة الاستئناف أن يطلب تأييد الحكم المستأنف حتى يعتبر متمسكاً بالتقادم أمام هذه المحكمة . أما إذا تمسك بالتقادم أمام محكمة أول درجة ولكنه كسب الدعوى دون نظر إلى التقادم ، فلا يمكن في محكمة الاستئناف أن يطلب تأييد الحكم المستأنف ، بل لابد له من التمسك بالتقادم من جديد (انظر في كل ذلك بودرى وتيسيه فقرة ٤٢ - فقرة ٤٣ وقرة ٤٥) .

ولا يمكن أن يتمسك المدعى بالتقادم في مرافعة الشفوية دون أن يضمن ذلك طلباته الختامية ، ولا يعتبر ما كان حاماً من طلباته الختامية - كالتقدم إلى المحكمة في أن تأخذ بما ترى الأخذ به من الدفوع - متمسكاً بالتقادم (بودرى وتيسيه فقرة ٤٤) .

(٣) المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٤٧ .

(٤) الوسيط جزء ٢ فقرة ٣٤٥ .

(٥) ويجب أن يقع التمسك بالتقادم أمام القضاء ، فلا يمكن التمسك به أثناء محاولات الصلح . فالمدعى عليه الذى تمسك بالتقادم المحسى خلال محاولات التوفيق ، ثم تعيب أمام محكمة أول درجة ، لا يستطيع أن يحجج بأن المحكمة كان واجباً عليها القضاء بالتقادم (الاستاذ عبد المنعم البهادرى في أثر مضى المدة في الالتزام فقرة ٧١) .

به المدين مطالبة الدائن كما هو الأمر في التمسك بالمقاصة في القوانين اللاتينية والقانون المصري . (ثانياً) وهذا الدفع لا يثيره القاضى من تلقاء نفسه ، بل لابد أن يتمسك به ذو المصلحة ، لأنه لا يعتبر من النظام العام وإن كان يمت للمصلحة العامة . فهو من هذه الناحية كالدفع بالمقاصة والدفع بحجة الأمر المقضى (١) .

٦٤٤ - الأسباب التي ترفعها الى وجوب التمسك بالتقادم : وقد أوجب القانون على ذى المصلحة أن يتمسك بالتقادم للأسباب الآتية :

(١) ليس سقوط الدين بالتقادم من النظام للعام كما قلنا ، فهو وإن كان مبنياً على اعتبارات تمت للمصلحة العامة لضمان الأوضاع المستقرة ، إلا أنه يتصل مباشرة بمصلحة المدين الخاصة (٢) . فالمدين وشأنه ، إن رأى أن يتمسك بالتقادم كان له ذلك ، وإن أراد الزول عن هذا الدفع صح زوله .

(٢) هذا إلى أن التمسك بالتقادم أمر يتصل اتصالاً وثيقاً بضمير المدين . فان كان المدين مطمئناً إلى أن ذمته غير مشغولة بالدين ، دفع بالتقادم ليوفر على نفسه مشقة إثبات براءة ذمته بعد هذه المدة الطويلة . أما إن كان يعلم أن ذمته مشغولة بالدين ، ونخرج من التلرع بالتقادم ، فقد فتح له القانون الباب للنزول عنه عن طريق عدم التمسك به (٣) .

(٣) يضاف إلى ما تقدم أن التقادم من شأنه أن يثير وقائع كثيرة لا يتيسر للقاضى أن يستخلصها من تلقاء نفسه من واقع الأوراق والمستندات ، فلا بد من أن يثيره الخصوم ويكون محل مناقشتهم حتى يتمحص وجه الحق فيه (٤) .

(١) وهناك تمييز قديم ، في أسباب انقضاء الالتزام ، بين أسباب حتمية (ipso jure) وأسباب تتوقف على الدفع بها (ope exceptionis) . فالتقادم والمقاصة سببان لانقضاء الالتزام ، لا ينتجان أثرهما إلا من طريق الدفع بهما . انظر الأستاذ عبد المنعم البدر اوى في أثر نفي المدة في الالتزام فقرة ٥٨ .

(٢) بودى وتيسيه فقرة ٤١ ص ٤٢ - بلانيول وريبير وودوان ٧ فقرة ١٣٨٠ .

(٣) بودى وتيسيه فقرة ٤١ ص ٤٢ - بلانيول وريبير وودوان ٧ فقرة ١٣٨٠ .

(٤) بودى وتيسيه فقرة ٤١ ص ٤٢ .

(٤) ثم إن التقادم لو أسقط الدين دون أن يتمسك به المدين، ثم رأى المدين أن ضميره يدعو إلى عدم التذرع بالتقادم لأن ذمته مشغولة بالدين، فأراد النزول عنه، كان هذا النزول بعد أن سقط الدين بالتقادم بمثابة هبة للدائن أو بمثابة التزام جديد ارتبط به نحوه. وهذا ما لم يقل به أحد، إذ المدين عند ما ينزل عن التقادم ويوفى الدين، إنما يوفى ديناً واجباً في ذمته، سواء علم بالتقادم أو لم يعلم. فهو لا يتبرع، ولا يعقد التزاماً جديداً (١).

٦٤٥ - هل هناك استثناءات للقاعدة العامة: ويذكر الفقه، في

بعض الأحيان، للقاعدة التي تقضى بوجود التمسك بالتقادم بعض استثناءات:

(١) فن ذلك ما قرره المادة ١٦ من القانون رقم ١٤٢ لسنة ١٩٤٤ الصادر في ٣ أغسطس سنة ١٩٤٤ من أنه، عند تقرير ضريبة التركة، تعتبر الديون التي على التركة ومضت عليها مدة التقادم قد سقطت دون حاجة إلى الدفع بذلك، وذلك ما لم يظهر أن التقادم قد انقطع لأي سبب من الأسباب. فيجب إذن، عند حساب الضريبة المستحقة على التركة، عدم استئزال هذه الديون التي تقادمت من موجودات التركة، لأنها ديون اعتبرت منقضية بالتقادم، وتحسب الضريبة كما لو كانت هذه الديون غير موجودة. ويدل الفقه بهذا المثل على أن ديون التركة قد سقطت بالتقادم، دون حاجة إلى التمسك بهذا الدفع (١). ولكن يلاحظ أن الورثة، بالرغم من عدم استئزال الديون المتقادمة من موجودات التركة، عند حساب الضريبة المستحقة، يستطيعون ألا يتمسكوا بالتقادم في مواجهة الدائنين، إذا دعتهم ضمائرهم إلى ذلك وأيقنوا أن هذه الديون لا تزال في ذمة مورثهم، فيدفعوا من التركة حقوق هؤلاء الدائنين. وهم يتحملون، في سبيل إراحة ضمائرهم، ما يضطرون إلى دفعه من زيادة في الضريبة بسبب هذه الديون. فالدائنون لا تسقط ديونهم إذن إلا إذا تمسك الورثة بالتقادم طبقاً للقاعدة العامة، فإذا نزل الورثة عن التمسك

(١) بودرى ونيسيه فقرة ٤١ ص ٤٣ - بلانويول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٨٠.

(٢) انظر في هذا المعنى في فرنسا المادة ٧ من قانون ٢٥ فبراير سنة ١٩٠١ - بودرى

ونيسيه فقرة ٤١ ص ٤٣ - بلانويول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٨١.

بالتقادم وجب الوفاء بهذه الديون . ومن ثم نرى أن التقادم في هذه الحالة ، إذا وقع دون تمسك به ؛ فانما يقع لصالح الخزانة لا لصالح المدين . أو قل أن الخزانة هي التي تتمسك بهذا الدفع في حقها عند حساب الضريبة وإن لم تتمسك به الورثة ، أما في حق الدائنين فلا بد من أن يتمسك الورثة بالتقادم . فليس في هذه الحالة إذن خروج عن القاعدة العامة (١) .

(٢) ومن ذلك أيضاً ما قضت به المادة ٢٨ من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ من أنه تؤول إلى الدولة جميع المبالغ التي أصابها التقادم ، متى كانت هذه المبالغ تمثل أرباح وفوائد الأسهم والسندات التي لم يطالب بها أصحابها ، وكذلك قيمة الأسهم والسندات نفسها والودائع والسندات المودعة لدى البنوك والمبالغ المعطاة على سبيل الضمان . وهذا الحكم مبني على اعتبارات ترجع إلى مصلحة خزانة الدولة . فقد رأى المشرع أن في استطاعة الشركات والمصارف التمسك بالتقادم في هذه المبالغ فتؤول إليها ، فكان بين أن يتركها تؤول إلى الشركات والمصارف من غير ظهور وجه المصلحة في ذلك ، وبين أن يجعلها غير قابلة للتقادم وفي هذا خروج على القواعد العامة لا مبرر له . فرأى الخير في أن تؤول لخزانة الدولة ، تصرفها فيما يعود بالنفع على المصلحة العامة (٢) . وليس في هذا الحكم خروج على القاعدة العامة التي تقضي بوجوب التمسك بالتقادم حتى ينتج أثره . فلو أن التقادم هنا قد أنتج أثره دون التمسك به ، لآلت المبالغ إلى الشركات والمصارف بمجرد اكتمال مدة التقادم . ولكن المشرع لم يقبل هذه النتيجة ، بل هو قد عمد إلى نقل ملكية هذه المبالغ بمجرد تقادمها إلى الخزانة العامة ، وهذا بحكم نص تشريعي ، لاعتبارات ترجع إلى المصلحة العامة كما قدمنا .

(٣) ومن ذلك أخيراً ما لا يزال محل نقاش في الفقه الفرنسي من أنه إذا تقادمت الديون التي في ذمة القصر والمحجورين والغائبين ، ولم يتمسك ممثلوهم القانونيون بالتقادم ، جاز للنياية العامة - وهي طرف منضم في الخصومة - أن

(١) الأستاذ عبد المنعم البدرأوى في أثر مضي المدة في الالتزام فقرة ٦٨ .

(٢) وسنرى فيما يلي أن هذا التشريع متبند (انظر فقرة ٦٧١ فيما يلي) .

تتمسك هي بالتقادم (١) . فان طائفة كبيرة من الفقهاء في فرنسا لا يميزون للنيابة العامة ، وهي مجرد طرف منضم ، أن تتمسك بالتقادم (٢) . أما في مصر فان تقنين المرافعات الجديد (م ١٠٠) أجاز للنيابة العامة أن تتدخل ، كخصم منضم ، أمام محاكم الاستئناف والمحاكم الابتدائية في القضايا الخاصة بالقصر وعديمي الأهلية والغائبين . والنيابة تمنح ، بناء على طلبها ، ميعاد ثمانية أيام على الأقل ، لتقديم مذكرة باقوالها (م ١٠٣ مرافعات) . والظاهر أن النيابة لا تتدخل كخصم منضم إلا لإبداء رأيها ، فهي ليست بخصم أصيل تبدى طلبات مستقلة أو تضيف إلى الطلبات الأصلية . ومهما يكن من أمر ، فان التقادم ، حتى في هذه الحالة ، لا بد من التمسك به ، إما من الممثلين القانونيين للقصر والمحجورين ، وإما من النيابة العامة إذا كان هذا الأمر يدخل في اختصاصها . فاذا لم يتمسك أحد من هؤلاء بالتقادم ، لم يكن للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه ، وليس في هذا إلا تطبيق للقواعد العامة التي أسلفنا ذكرها (٣) .

٦٤٦ - التمسك بتقادم الدعوى المدنية اذا ارتبطت بالدعوى

الجنائية : وقد ترتبط دعوى التعويض المدنية عن عمل غير مشروع بالدعوى الجنائية عن نفس العمل إذا كان جريمة في قانون العقوبات . فاذا فرضنا أن الدعوى المدنية نظرت أمام المحكمة الجنائية مع الدعوى الجنائية ، وكانت مدة التقادم قد مضت على الدعويين (٤) ، فن المسلم أن للقاضي الجنائي أن يحكم من تلقاء نفسه بتقادم الدعوى الجنائية ، دون حاجة إلى أن يتمسك المتهم بالتقادم .

(١) انظر في هذا المعنى ديرانتون ٢١ فقرة ١٣٥ — كوليه دى سائير ٨ فقرة ٢٣٠ مكررة - بلانيول وريبير وبولانييه ٢ فقرة ٢٠٩٨ .
(٢) من هؤلاء الفقهاء هيك ١٤ فقرة ٣٣٠ - وجيلوار ١ فقرة ٣٠٢ - وبودرى وتيسيه فقرة ٤٦ - وقارن بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٨١ .
(٣) انظر في هذه المسألة الأستاذ عبد النعم البدواي في أثر مضي المدة في الالتزام فقرة ٦٥ - فقرة ٦٦ .

(٤) وقد رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ١٧٧ مدني تنص على ما يأتي : « على أنه إذا كانت هذه الدعوى ناشئة عن جريمة ، وكانت الدعوى الجنائية لم تسقط إلا بعد انقضاء المواعيد المذكورة في الفقرة السابقة ، فإن دعوى التعويض لا تسقط إلا بسقوط الدعوى الجنائية » .

ويذهب الفقه في فرنسا إلى أن القاضى الجنائى فى هذه الحالة يحكم أيضاً من تلقاء نفسه بتقديم الدعوى المدنية ، دون حاجة إلى أن يتمسك المدعى بالتقدم ، وذلك أسوة بما يفعله فى الدعوى الجنائية (١) . فإذا سلمنا فى مصر بهذا الرأى (٢) ، كان هذا الحكم استثناء حقيقياً من القاعدة التى تقضى بوجوب التمسك بالتقدم . ذلك أن القاضى هنا قد حكم بتقديم الدعوى المدنية ، كما حكم بتقديم الدعوى الجنائية ، دون حاجة إلى أن يتمسك المدعى أو المتهم بالتقدم (٣) .

٦٤٧ - لا يفنى التمسك بنوع من القاد من التمسك بنوع آخر :

وفى عدا هذا الاستثناء الذى أسلفنا ذكره ، يجب القول إنه لا بد دائماً من التمسك بالتقدم ، فلا يجوز للقاضى أن يحكم به من تلقاء نفسه . بل إن المدعى عند ما يتمسك بنوع من التقدم ، كما إذا تمسك بالتقدم الحولى وتبين أن التقدم المنطبق على الدين هو التقدم الحسمى ، لا يفنيه تمسكه بالتقدم الخاطىء عن التمسك بالتقدم

(١) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٨٣ ص ٨٠٠ - ص ٨٠١ .

(٢) انظر الأستاذ عبد المنعم البدرى فى أثر مضمون الالتزام فقرة ٧٤ ص ٩٢ .

(٣) أما إذا وقت الدعوى المدنية إلى المحاكم المدنية ، فانفصلت بذلك عن الدعوى الجنائية ، فن الفقهاء فى فرنسا من يقول بوجوب الرجوع إلى القاعدة الأصلية ، فلا يجوز للقاضى أن يحكم من تلقاء نفسه بتقديم الدعوى المدنية ، بل لا بد من أن يتمسك المدعى بالتقدم (أوبرى وردو ١٢ فقرة ٧٧٥ وهاش رقم ١١ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٨٣) . ومنهم من يذهب إلى عكس ذلك ، فيجيز للقاضى أن يحكم بتقديم الدعوى المدنية من تلقاء نفسه ، دون حاجة إلى أن يتمسك المدعى بالتقدم (جيلقوار ١ فقرة ٣٠ ونقرة ٣١٣ - بوري وتيسية ٣ فقرة ١٢٢) . ونميل إلى الأخذ بالرأى الأول ، فهو الذى يتفق مع النص الصريح من وجوب التمسك ، ولا شبة فى وجوب إعمال هذا النص أمام القضاء المدنى . أما ما يخشاه المشرع من محذور ، عند قيام الدعوى الجنائية والمدنية من عمل واحد ، من أن تسقط الدعوى المدنية مع قيام الدعوى الجنائية (انظر الفقرة الثانية من المادة ١٧٢ مدنى) ، فإن هذا الاحتمال لا يمكن أن يتحقق . ذلك أن المدعى فى الدعوى المدنية إما أن يتمسك بالتقدم أمام القضاء المدنى ، فيحكم القاضى بسقوط الدعوى المدنية فتسقط هى والدعوى الجنائية معاً ، لأن القضاء الجنائى يحكم بسقوط الدعوى الجنائية من تلقاء نفسه . وإما أن انمدى لا يتمسك أمام القضاء المدنى بالتقدم ، فتبقى الدعوى المدنية مع سقوط الدعوى الجنائية ، وهذا غير محذور ، والمحذور هو بقاء الدعوى الجنائية مع سقوط الدعوى المدنية .

الصحيح . فلا بد إذن من أن يتمسك بعد ذلك بالتقادم الصحيح ، فإن كان أمام محكمة الاستئناف وأقل باب المرافعة ، فإنه يكون قد فوت على نفسه فرصة التمسك بالتقادم (١) .

§ ٢ - يتمسك بالتقادم المدين وكل ذى مصلحة

٦٤٨ - تمسك المدين بالتقادم : الأصل أن المدين هو الذى يتمسك بالتقادم ، فهو الذى يريد أن يبرىء ذمته من الدين عند مطالبة الدائن به . ثم إن المدين هو الذى يعلم إن كانت ذمته قد برئت من الدين ، فيقدم وهو مطمئن الضمير على الدفع بالتقادم دون حاجة إلى تحمل العبء فى إثبات براءة الذمة ، أو أن الدين باق فى ذمته فقد لا يطاوعه ضميره أن يدفع بالتقادم (٢) .

وغنى عن البيان أن خلف المدين ، عاماً أو خاصاً ، يستطيع كالمدين أن يتمسك بالتقادم . فوارث المدين ، إذا طولبت تركه المدين بالدين ، له أن يدفع بالتقادم . ويطمئن ضميره إلى هذا الدفع إن كان يعلم أن المورث قد برئت ذمته من الدين دون أن يوجد فى أوراقه ما يدل على براءة الذمة ، أو فى القليل إن كان لا يعلم أن ذمة المورث لا تزال مشغولة بالدين إذ من حقه أن يقدر أن

(١) بلانويل وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٨٢ : ولا يسلمون حتى بأن التمسك بتقادم الدين بعد تمسكاً بتقادم الفوائد . وقارن بودرى وتيسيه فقرة ٤٣ ص ٤٤ - ص ٤٥ : وينهان إلى أن المدين إذا تمسك بتقادم قصير كالتقادم المؤجل ، ففى ذلك ملزوميته بدفع دين مضى على استحقاقه سنة واحدة ، فهو لا شك يبنى - ومن باب أولى - ملزوميته بدفع الدين إذا كان قد مضى على استحقاقه مدة أطول . فالتمسك بتقادم قصير يتضمن التمسك بتقادم أطول . ويلعب الأستاذ عبد المنعم البدرابى ، بنفس هذا المنطق ، إلى أن التمسك بالتقادم للمضى لا يتضمن التمسك بالتقادم للقصير ، ولكن التمسك بالتقادم القصير يتضمن التمسك بالتقادم للمضى (أثر مضى المدة فى الالتزام فقرة ٧٣) .

(٢) ويتمسك المدين بالتقادم لا فى مواجهة الدائن فحسب ، بل أيضاً فى مواجهة أى شخص آخر تكون المدين مصلحة فى مواجهته بالتقادم . فيجوز له أن يتمسك بالتقادم فى مواجهة شخص وفى عتبه الدين دون طلبه قبل اكتمال المدة بوقت قصير ، ويريد الرجوع عليه بعد اكتمالها (بودرى وتيسيه فقرة ١٠٥) .

المورث لا بد أن يكون قد وفى الدين فى خلال مدة التقادم . وكذلك الحال عليه بالدين له أن يدفع بالتقادم كما كان المحيل يستطيع أن يفعل ، وقد تقدم بيان ذلك . والمدة التى انقضت على استحقاق الدين وهو فى ذمة السلف تضم إلى المدة التى تنقضى بعد انتقال الدين إلى ذمة الخلف .

٦٤٩ - التمسك بالتقادم من كل نى مصنعة : وإلى جانب المدين

وخلفه ، يجوز لكل ذى مصلحة أن يتمسك بالتقادم ، كما تنص على ذلك صراحة الفقرة الأولى من المادة ٣٨٧ مدنى المتقدمة الذكر .

ومن ذوى المصلحة الذين يحق لهم التمسك بالتقادم :

(١) الكفيل : فإذا كان دين الأصيل قد انقضت عليه مدة التقادم ولم تنقضى المدة على دين الكفيل ، بأن يكون الدائن مثلاً قطع التقادم بالنسبة إلى الكفيل دون أن يقطعه بالنسبة إلى الأصيل ، فللكفيل فى هذه الحالة أن يتمسك بأن دين الأصيل قد سقط بالتقادم ، فتكون ذمة الأصيل قد برئت من الدين فتبرأ تبعاً لذلك ذمة الكفيل (١) . وظاهر أن للكفيل هنا مصلحة فى التمسك بالتقادم ولو لم يتمسك به الأصيل ، ومن حقه أن يقدر أن ذمة المدين قد برئت من الدين بعد انقضاء مدة التقادم ، وليس عليه من حرج فى ذلك . فإن كان المدين يعلم أن ذمته لم تبرأ من الدين ، فما عليه إلا أن يوفيه ، فتبرأ ذمته وذمة الكفيل جميعاً .

(٢) المدين المتضامن : وله أن يدفع بتقادم الدين بالنسبة إلى مدين متضامن آخر بقدر حصته هذا المدين . فإذا فرض أن الدين ثلثائة فى ذمة مدينين متضامين ثلاثة ، وقطع الدائن التقادم بالنسبة إلى اثنين منهم دون الثالث ، فسقط الدين بالتقادم بالنسبة إلى هذا الثالث دون أن يسقط بالنسبة إلى الاثنين الآخرين ، ورفع الدائن الدعوى على أحد هذين يطالبه بكل الدين ، كان لهذا المدين أن يدفع بتقادم دين الثالث بقدر حصته وهى مائة ، ولا يدفع للدائن إلا مائتين (م ٢٩٢ مدنى) . وظاهر أن له مصلحة فى أن يدفع بتقادم دين

(١) انظر أيضاً فقرة ٦٣٩ فى المادى .

المدين الثالث ، إذ أن ذلك يرى ذمته نحو الدائن بقدر حصه هذا المدين . فان كان هذا المدين يعلم أن الدين لا يزال في ذمته ، وبأى ضميره أن يستنج الدفع بالتقادم مع جانب المدين الذى رفعت عليه الدوى ، فما عليه إلا أن يولى الدائن المائة الباقية له من الدين .

(٣) الحائز للعقار المرهون : وله أن يدفع بتقادم الدين المضمون بالرهن . فلو فرض أن المدين رهن عقاراً ضماناً للوفاء بدينه ، ثم باع هذا العقار ، ومضت على الدين مدة التقادم ، ومع ذلك رجع الدائن على حائز العقار يطالبه بالدين ، فللحائز أن يدفع الدين بالتقادم . وله مصلحة في ذلك ، إذ أن هذا يخلصه من مطالبة الدائن . فان كان المدين يعلم أن الدين لا يزال في ذمته ، وتخرج من أن الحائز دفعه بالتقادم ، فما عليه إلا أن يوفيه للدائن ، فهو المدين الأصلي الذى يجب عليه الوفاء (١) .

٦٥٠ - التمسك بالتقادم مع دائئى المدين : وقد يقع أن يكون

للمدين دائئان ، ويتقادم دين أحدهما ، فيكون للدائن الآخر الحق في التمسك بهذا التقادم ، ولولم يتمسك به المدين . وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٣٨٧ مدنى ، كما رأينا ، على هذا الحكم صراحة إذ قالت : « . . . بل يجب أن يكون ذلك بناء على طلب المدين أو بناء على طلب دائئيه . . . » والدائن الذى يتمسك بالتقادم إنما يتمسك به هنا نيابة عن المدين بطريق الدوى غير المباشرة وفقاً للمادة ٢٣٥ مدنى . ومصلحته في ذلك ظاهرة ، فانه يستبعد عن طريق الدفع بالتقادم ديناً قد يكون متقدماً على دينه بسبب رهن أو امتياز أو غير ذلك ، أو في القليل يستبعد ديناً يراحم دينه . ويجب في هذه الحالة أن يكون تقدم الدين المتقادم أو مزاحمته من شأنه أن يضر بالدائن الذى يتمسك بالتقادم . فاذا كان مال المدين ألفاً ، وكان الدين المتقادم ثلثمائة ، ودين الدائن الذى يتمسك بالتقادم تسعمائة ، فلو قدرنا أن الدين المتقادم يتقدم على الدين الآخر ، كانت مصلحة الدائن الآخر في التمسك بالتقادم هي أن يستبعد هذا الدين ، فهو إذا لم

(١) المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٤٢ - الأستاذ عبد المنعم الهمدانى في أثر مضي المدة في الالتزام فقرة ٩٩ .

يستبعد لم يخلص للدائن الآخر من الدين الذى له إلا سبعمائة . ولو قدرنا أن الدين المتقدم لا يتقدم على الدين الآخر بل يزاحمه ، لبقيت للدائن الآخر مع ذلك مصلحة فى دفعه بالتقادم ، إذ لو زوحم لما نال من الدين الذى له إلا سبعمائة وخمسين . أما إذا كان مال المدين يسع الدينين جميعاً ، بأن كان ألفاً ومائتين أو أكثر ، لم يكن للدائن الآخر مصلحة فى الدفع بالتقادم ، وترك الأمر للمدين يدفع بالتقادم أو لا يدفع بحسب ما يملكه عليه ضميمه .

ولا يعترض على تمسك الدائن الآخر بالتقادم ، نيابة عن المدين ، بأن هذا التمسك حق متصل بشخص المدين ، فلا يجوز للدائن استعماله . ذلك أن معنى حق الدائن أن يقدر أن الدين قد انقضى بالتقادم فلا يتحمل مزاحمة هذا الدين . ومهما يكن من أمر ، فالنص صريح فى جواز أن يستعمل الدائن حق مدينه فى التمسك بالتقادم (١) .

هذا وسرى أنه كما ثبت للدائن أن يستعمل حق مدينه فى التمسك بالتقادم وفقاً للفقرة الأولى من المادة ٣٨٧ مدنى ، كذلك يثبت له ، إذا لم يقتصر المدين على الامتناع عن التمسك بالتقادم بل خطأ خطوة إيجابية ونزل عن التقادم ، أن يعطى فى هذا النزول بالدعوى البولصية وفقاً للفقرة الثانية من المادة ٣٨٨ مدنى . فللدائن إذن أن يستعمل حق مدينه فى التمسك بالتقادم وفقاً لأحكام الدعوى غير المباشرة إذا سكت المدين عن التمسك بالتقادم . وله كذلك ، إذا نزل المدين عن التقادم ، أن يعطى فى هذا النزول بالدعوى البولصية ، حتى إذا نجح فى طعنه عمد بعد ذلك إلى التمسك بالتقادم نيابة عن المدين . فهو إذا طعن بالدعوى البولصية ، لم يكن له بد ، بعد أن ينجح فى طعنه ، من الانتقال إلى الدعوى غير المباشرة .

(١) وقد يعترض أيضاً بأن التمسك بالتقادم رخصة وليست حقاً ، والرخص لا يستعملها الدائن باسم المدين . ولكن النص هنا صريح فى جواز أن يستعمل الدائن رخصة مدينه فى التمسك بالتقادم (انظر ما قدمناه فى هذه المسألة فى الدعوى غير المباشرة : الوسيط جزء ٢ فقرة ٥٤٢) .

٣٥ - يجوز التمسك بالتقادم في أية حالة كانت عليها الدعوى

٦٥١ - التمسك بالتقادم أمام المحكم الابتدائية : ولما كان التمسك

بالتقادم دفعا موضوعيا ، فان للمدين أو لذي المصلحة أن يتمسك به في أية حالة كانت عليها الدعوى (١) . فله أن يتمسك به منذ البداية ، وقبل الدخول في أى دفع شكلي أو موضوعي . وله أن يؤخره إلى أن يستنفد جميع دفعوه الأخرى الشكلية والموضوعية ، فاذا لم ينجح فيها عمد بعد ذلك إلى الدفع بالتقادم (٢) .

وكل ما ينبغي أن يحتاط له أمران : (١) ألا ينطوى تأخير الدفع بالتقادم على معنى الزول عنه ضمنا ، فإنه إذا زل عنه لم يستطع بعد ذلك أن يعود إليه . ومن ثم كان من المناسب ، وهو يبدو أوجه دفاعه الأخرى ، أن يذكر أن عنده دفعا بالتقادم يؤخره إلى ما بعد أن ينتهى من أوجه الدفاع التي يبدىها (٢) . (٢) ألا يؤخر الدفع بالتقادم إلى ما بعد إقفال باب المرافعة ، فإنه إذا أقفل هذا الباب فليس له بعد ذلك أن يبدى أى طلب (٤) .

- (١) استئناف مخطط ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٦ ص ١٠٩ .
 (٢) استئناف مخطط ٢٩ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٧٩ - ولكن يلاحظ أن التقادم المنع على قرينة الوفاء لا يجوز التمسك به بعد التمسك بدفع يتضمن معنى عدم الوفاء بالدين ، كدفع بالمقاصة أو بالتجديد أو بالإبراء أو نحو ذلك ، فإن هذا التماس واضح يمنع من قبول الدفع بالتقادم (الأستاذ عبد المنعم البدراوى في أثر معنى المدة في الالتزام فقرة ٧٧) .
 (٣) وقد كان المشروع التمهيدى ، ومن بعده المشروع النهائي ، يتضمن نصا في هذا المعنى ، وكان يجري على النحو الآتى : « إلا إذا تبين من الظروف أن الشخص الذى يتمسك بالتقادم أراد بعدم تمسكه من قبل أن يتنازل عنه » . وقد حلفت هذه البارة في لجنة مجلس الشيوخ « لأن حكمها يستفاد من لقواعد العامة ، وترك الأمر للقواعد العامة في التنازل عن الحقوق وكيفية قيام الدليل عليه » (انظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٤٢ ، وانظر تاريخ نص المادة ٣٨٧ حتى آتفا فقرة ٦٤٢ في المامش) .

- (٤) بودى وتيسيه فقرة ٤٨ - فقرة ٤٩ - المذكرة الإيضاحية المشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٤٢ - كذلك لا يجوز التمسك بالتقادم بعد أن صدر حكم موضوعي يلزم المدين بالدين ، ولم يبق أمام المحكمة إلا الفصل في مقدار هذا الدين (بودى وتيسيه فقرة ٤٩) .

٦٥٢ - التمسك بالتقادم أمام محكمة الاستئناف: فإن فاتته الدفع

بالتقادم أمام محكمة أول درجة على الوجه السابق بيانه ، سواء لأنه كان يجمله أو كان يعلمه ولكنه لم يتمكن من إيداعه قبل إقفال باب المرافعة لسهو أو لتعذر الحصول على الأدلة المثبتة لوقوع التقادم أو لغير ذلك من الأسباب ، فإنه يستطيع - ما لم ينطو تركه للدفع أمام المحكمة الابتدائية على معنى النزول عنه - أن يدفع بالتقادم لأول مرة أمام المحكمة الاستئنافية ، وفي أية حالة كانت عليها الدعوى ، مع مراعاة ما قدمنا من وجوب الحيطة ، فلا ينطوى تأخيرها للدفع بالتقادم على معنى النزول عنه ضمناً ، ولا يؤخر الدفع إلى ما بعد إقفال باب المرافعة أمام محكمة الاستئناف (١) .

٦٥٣ - التمسك بالتقادم أمام محكمة النقض : فإذا لم يدفع المدين

بالتقادم لا أمام المحكمة الابتدائية ولا أمام محكمة الاستئناف ، فليس له أن يدفع به لأول مرة أمام محكمة النقض ، فإن محكمة النقض لا تستطيع أن تنظر أوجهاً جديدة لم يسبق الدفع بها أمام محكمة الموضوع. وليس الدفع بالتقادم ، كما قلنا ، معتبراً من النظام العام ، حتى يجوز لمحكمة النقض أن تقضى بالتقادم من تلقاء نفسها . فهو كالدفع بالمقاصة وكالدفع بحجية الأمر المقضى ، لا يجوز أن يثار لأول مرة أمام محكمة النقض (٢) .

٦٥٤ - التمسك بالتقادم أمام محكمة الاستئناف: لكن إذا استطاع

المدين أن يحصل على حكم من محكمة النقض بتقضى الحكم المطعون فيه لسبب

(١) المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٤٢ - بودوى وتيسيه فقرة ٥٠ - فقرة ٥٢ - استئناف مخطط ١٥ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٥٤ - ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢١ م ٣٤ ص ٥٦ - ٦ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ١٢ - ٢٩ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٧٨ - ٦ مارس سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٢٥٣ - أول فبراير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٧٠ - ١٨ فبراير سنة ١٩٢٦ م ٤٨ ص ١٤١ - ١٣ يناير سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ٤٤ .

(٢) المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٤٢ - بودوى وتيسيه فقرة ٥٢ - الأستاذ عبد المنعم ليدراوى في أثر مضي المدة في الالتزام فقرة ٨٢ - نقض مطلق ١٥ يونيو ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٥٢ ص ٤٢٢ .

غير التقادم ، كخلل في الإجراءات أو خطأ في تطبيق القانون في مسألة أخرى ، وأحالت محكمة النقض الدعوى على دائرة أخرى من دوائر محكمة الاستئناف ، فانه يجوز المدين أمام محكمة الاحالة - وهي محكمة موضوع - أن يدفع بالتقادم لأول مرة ، وفي أية حالة كانت عليها الدعوى . وعليه أن يحتاط كما قدمنا ، فلا ينطوى تأخير الدفع بالتقادم على معنى النزول عنه ، ولا يؤخر الدفع إلى ما بعد إقفال باب المرافعة أمام محكمة الاحالة (١) .

المطلب الثاني

النزول عن التقادم

٦٥٥ - النصوص القانونية : تنص المادة ٣٨٨ من التقنين المدني

على ما يأتي :

١ - لا يجوز النزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه ، كما لا يجوز الاتفاق على أن يتم التقادم في مدة تختلف عن المدة التي عينها القانون .

٢ - وإنما يجوز لكل شخص يملك التصرف في حقوقه أن ينزل ولو ضمناً عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه ، على أن هذا النزول لا ينفذ في حق الدائنين إذا صدر إصراراً بهم (٢) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادتين ١٠٨/٨٠ و ٢٧٠/٢٠٦ (٣) .

(١) بودري وتيسيه فقرة ٥٢ - الأستاذ عبد المنعم البدر في أثر معنى المدة في الالتزام فقرة ٨٢ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٢٥ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٤٠١ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٣٨٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٤٤ - ص ٣٤٦) .

(٣) التقنين المدني السابق م ١٠٨/٨٠ : لا يجوز ترك الحق في التملك بمعنى المدة الطويلة قبل حصوله ، وإنما يجوز ذلك بعد حصوله لكل شخص يملك بأهلية التصرف في حقوقه . -

ويقابل في التقنيات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٣٨٥ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٧٥ - وفي التقنين المدني العراقي المادة ٤٤٣ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٣٤٦ (١) .

ويخلص من النص المتقدم الذكر قاعدتان أساسيتان : (القاعدة الأولى) عدم جواز الزول عن التقادم مقدماً قبل ثبوت الحق فيه ، ويلحق بهذه القاعدة عدم جواز الاتفاق على مدة للتقادم تختلف عن المدة التي عينها القانون . (القاعدة الثانية) جواز الزول عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه ، ويلحق بهذه القاعدة جواز الزول عن المدة التي انقضت أثناء سريان التقادم ولو لم تكتمل مدة التقادم كلها .

= (وهذا النص الوارد في التقادم المكسب كان يطبق أيضاً في التقادم المسقط) .
م ٢٧٠/٢٠٦ : إذا كان للمدين واحد عدة دائنين ، وانقضت المدة المقررة لتخلّصه من دين أحدهم ، فلباق الدائنين أن يتسكوا بمضى تلك المدة ولو لم يتسك بها المدين المذكور تدليلاً منه وإضراراً بحقوقهم (وهذا النص الوارد في الدعوى غير المباشرة كان يطبق أيضاً في الدعوى البروصية) .

(وأحكام التقنين المدني السابق تتفق مع أحكام التقنين المدني الجديد) .
(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٣٨٥ (مطابقة لمادة ٣٨٨ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٣٧٥ (مطابقة لمادة ٣٨٨ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٤٤٣ : ١ - لا يجوز التنازل عن الدفع بعدم سماع الدعوى لمروور الزمان قبل ثبوت الحق في هذا الدفع ، كما لا يجوز الاتفاق على عدم جواز سماع الدعوى بعد مدة تختلف عن المدة التي حددها القانون . ٢ - وإنما يجوز لكل شخص يملك التصرف في حقوقه أن يتنازل ، ولو دلالة ، عن الدفع بعد ثبوت الحق فيه ، على أن هذا التنازل لا يتغل في حق الدائنين إذا صدر إضراراً بهم .

(وأحكام التقنين العراقي تتفق مع أحكام التقنين المصري : انظر الأستاذ حسن الفنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ٣٩٥ ، وينحى إلى جواز الاتفاق على تقصير مدة التقادم على خلاف النص الصريح) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٣٤٦ : ١ - لا يجوز للدائن (صحته المدين) أن يمدد مقدماً حكم مرور الزمن ولا أن يطيل أو يقصر مدته ، وإنما يجوز له أن يمدد عنه بعد الحصول عليه . ويكون مدوله صريحاً أو ضمنياً . وإذا كان لمدوله صفة الاحتيال ، جاز لدائنته أن يحصلوا على إبطال ذاك المدول وإقامة الدعوى البروصية

(وأحكام التقنين اللبناني تتفق مع أحكام التقنين المصري) .

١٦ - عدم جواز النزول عن التقادم مقدماً قبل ثبوت الحق فيه

٦٥٦ - الأسباب التي ترفعها إلى عدم جواز النزول مقدماً

عن التقادم : ينص القانون صراحة على عدم جواز النزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه . فلا يجوز إذن أن يتفق الدائن والمدين على عدم إمكان تقادم الدين بعد اكتمال مدة التقادم التي عينها القانون . وليس ذلك راجعاً إلى أن التقادم يعتبر من النظام العام ، وإلا لما جاز أيضاً النزول عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه . وإنما يرجع ذلك إلى أنه لو أجاز للدائن أن يشترط على المدين عدم إمكان تقادم الدين ، لاستطاع الدائنون أن يفرضوا هذا الشرط على المدينين ، ذ الدائن هو الذي يمل على المدين شروط الدين ، ولأصبح هذا الشرط شرطاً بالعرفاً في التعامل (clause de style) ، ولترتب على ذلك أن يهدم نظام التقادم من أساسه (١) .

أما إذا اكتملت مدة التقادم ، وصار المدين هو سيد الموقف يستطيع أن يدفع بسقوط الدين لتقادمه ، ثم أراد بالرغم من ذلك أن ينزل بطوعه من التمسك بالتقادم بعد ثبوت حقه فيه ، فليس في هذا النزول إهدار للحماية التي أرادها القانون للأوضاع المستقرة . بل إن ترك المدين لضميره يمل عليه واجبه هو خير ما يفعله القانون ، للتوفيق بين استقرار الأوضاع ونزاهة التعامل .

٦٥٧ - عدم جواز النزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه

يسرى على جميع أنواع التقادم : وحظر النزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه ينطبق على جميع أنواع التقادم ، أياً كانت مدته . فالتقادم العادي

(١) هذا إلى أنه يصعب على المدين ، وقت التقادم على الدين ، أن يرفض شرط الدائن من أن الدين لا يقادم . فهو لا يستطيع أن يقول للدائن إنه يأبى إلا أن الدين يسقط بالتقادم ، ولو لم يوف به . وإذا كان القانون قد أطل المدين بمجانيته ، فهو لم يفعل ذلك لمصلحة المدين ، ولا للأضرار بالمدين ، ولكن تهيئة للأوضاع المستقرة . فلا يملك الطرفان أن يهدرا هذه الاعهلات ، ولو باقتناع يتم بينهما على ذلك .

بخمسة عشرة سنة لا يجوز النزول عنه مقدماً للاعتبارات التي قدمناها . ولا يجوز كذلك النزول عن تقادم الحقوق الدورية المتجددة بخمسة سنوات ، فان الغرض من التقادم في هذه الحالة هو عدم تراكم الديون على المدين كما قلنا ، وهذا سبب يكفي وحده لتبرير تحريم النزول مقدماً عن هذا التقادم . وهذا السبب نفسه هو الذي يبرر تحريم النزول مقدماً عن تقادم حقوق أصحاب المهن الحرة بخمسة سنوات . أما تقادم حقوق التجار والصناع وأصحاب الفنادق والمطاعم والعمال والخدم والأجراء بسنة واحدة فيقوم على قرينة الوفاء ، ومن ثم كان النزول عنه مقدماً مصادرة لقرينة معقولة قبل أن تتحقق . وتصلق الاعتبارات المتعلقة باستقرار التعامل في تبرير تحريم النزول مقدماً عن تقادم الثلاث السنوات في دعاوى الإبطال ودعاوى العمل غير المشروع ودعاوى الإثراء بلا سبب .

٦٥٨ - حرمان موافق الاتفاق على إطالة مدة التقادم أو على

تقصيرها - امانه : وقد رأينا أن الفقرة الأولى من المادة ٣٨٨ مدني تقول أيضاً إنه « لا يجوز الاتفاق على أن يتم التقادم في مدة تختلف عن المدة التي عينها القانون » . فلا يجوز الاتفاق إذن على إطالة مدة التقادم ولا على تقصيرها . وقد سبق أن بينا (١) أن مدد التقادم من النظام العام ، ولا يجوز أن يترك تحديدها لمشيئة الأفراد (٢) . ولو أننا أجبنا إطالة مدة التقادم ، أي كانت هذه

(١) انظر آنفاً فقرة ٦١٢ .

(٢) ومع ذلك قد يميز القانون في بعض الحالات الاستثنائية الاتفاق على إطالة مدة التقادم أو على تقصيرها . من ذلك ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة ٤٠٢ مدني من أنه « تسقط بالتقادم دعوى الضمان إذا انقضت سنة من وقت تسليم المبيع ولو لم يكشف المشتري العيب إلا بعد ذلك ، ما لم يقبل البائع أن يلتزم بالضمان لمدة أطول » . ومن ذلك ما راعاه المشرع من حماية المؤمن له والمستفيد في عقد التأمين ، فأجاز في المادة ٧٥٣ مدني الاتفاق على ما يخالف النصوص السابقة على هذا النص إذا كان ذلك لمصلحة المؤمن له أو لمصلحة المستفيد . ومن هذه النصوص التي يجوز مخالفتها بالاتفاق نص المادة ١/٧٥٢ ويقضى بأن « تسقط بالتقادم الدعاوى الناشئة من عقد التأمين بانقضاء ثلاث سنوات من وقت حدوث الواقعة التي تولدت عنها هذه الدعاوى » . ومن ثم يجوز الاتفاق على إطالة هذه المدة أو على تقصيرها ، إن كان ذلك في مصلحة المؤمن له أو في مصلحة المستفيد . انظر الأستاذ إسحاق خاتم في أحكام الالتزام فقرة ٣٠٨

المدة لجاز اتخاذ هذه الإباحة وسيلة إلى الزول عن التقادم قبل أن يتم . وما على الطرفين إلا أن يطبلا مدة التقادم إلى أجل أو إلى آجال بعيدة ، في اتفاق واحد أو في اتفاقات متعاقبة ، ويؤدى هذا عملاً إلى زول المدين مقدماً عن التقادم قبل ثبوت حقه فيه ، وهذا ما لا يجوز . كذلك لا يجوز الاتفاق على تقصير مدة التقادم ، لأن إقرار صحة هذا الاتفاق لا يؤمن معه الاعتساف ، وبخاصة في عقود النقل وفي عقود التأمين . وقد قدمنا أن الاتفاق على تقصير مدة التقادم كان جائزاً في عهد التتئين المذنى السابق ، وفقاً لما جرى عليه القضاء الفرنسى . ونكتفى هنا بالإحالة إلى ما قدمناه هناك (١) .

٦٥٩ - كيف تطول مدة التقادم بطرق أخرى : على أن ما قررناه من عدم جواز الاتفاق على إطالة مدة التقادم لا يمنع من أن مدة التقادم قد تطول فعلاً بطرق أخرى . فإذا وقف سريان التقادم ، طالبت مدته بمقدار المدة التى وقف فيها عن السريان . وإذا انقطعت مدة التقادم ، طال التقادم بمقدار المدة التى انقطع فى آخرها وهى المدة التى أصبحت لا يعتد بها ، وبمقدار المدة التى يبقى فيها سبب الانقطاع نافذ الأثر .

وقد قدمنا أنه يجوز للدائن والمدين أن يتفقا على تأخير مبدأ سريان التقادم عن طريق اعتبار سلسلة من الصفقات مرتبطة بعضها ببعض ، فكأنها صفقة واحدة لا تتجزأ . وعند ذلك لا يسرى التقادم إلا بعد أن تتم حلقات هذه السلسلة ، فيتأخر مبدأ سريان التقادم إلى أن تتم آخر حلقة من هذه الصفقات (٢) . فإذا ما تأخر مبدأ سريان التقادم على النحو المتقدم الذكر ، فقد طالبت مدته بقلد ما تأخر مبدأ سريانه (٣) .

(١) انظر آنفاً قسرة ٦١٢ .

(٢) انظر آنفاً قسرة ٦١٨ .

(٣) ويجوز القضاء الفرنسى أن يتفق الطرفان على وقف سريان التقادم لمدة معينة لأسباب تستوجب ذلك ، كما إذا اتفقا على وقف التقادم خلال مدة تحقيق جنائى أو تحقيق إدارى أو خلال المدة التى تدور فيها مفاوضات الصلح . ومن ثم تطول مدة التقادم بقدر ما وقف من سريانه . ويقول الأستاذان بودرى ويسييه أنه ليس فى هذا الاتفاق ما ينشئ أسباباً جديدة لوقف التقادم ، وإنما هو تطبيق لحرية التعاقد فيما لا يصطدم مع النظام العام . وليس فى النظام العام ما يمنع منـ

٢٥ - جواز النزول عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه

٦٦٠ - النزول الصريح والنزول الضمني : قلنا أنه إذا اكتملت

مدة التقادم ، وثبت حق المدين في التمسك به ، فإن نزوله عنه بعد ثبوت حقه فيه جائز . فهو لا يخشى عندئذ من ضغط الدائن ما كان يخشاه قبل أن يبدأ التقادم أو قبل أن يكتمل ، فإن هو اختار مع ذلك أن ينزل عن التقادم وأن يوفى الدين ، فهو لم يفعل ذلك بضغط من الدائن بل استجابة لداع من الضمير .

وقد يكون نزول المدين عن التقادم بعد ثبوت حقه فيه صريحاً . ولا يشترط في النزول الصريح شكل معين أو عبارات خاصة ، فكل تعبير عن الإرادة يفيد معنى النزول يعتد به . وقد يكون النزول الصريح مكتوباً ، كأن يحرق المدين على نفسه سنداً بالدين بعد تقادمه ويكتب في السند أنه نزل عن التمسك بالتقادم فيه . كما يكون النزول الصريح شفويّاً باللفظ ، ولكن يجب في إثبات هذا النزول - وهو تصرف قانوني - اتباع القواعد العامة في الإثبات ، فيجب الإثبات بالكتابة أو بما يقوم مقامها إذا زادت قيمة الدين المتقادم على عشرة جنهات .

وقد يكون النزول عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه ضمناً . وأكثر ما يكون ذلك في دعوى الدين رفعها الدائن على المدين ، فيتعمد المدين لإغفال الدفع بالتقادم ، بحيث يفهم من موقفه ، أنه لا يريد الالتجاء إلى هذا الدفع (١) . ولكن ليس من الضروري أن يستخلص من تأخير المدين الدفع بالتقادم أنه قد نزل عنه ، فقد قلنا أن للمدين أن يبلغ بالتقادم في أية حالة كانت عليها الدعوى ولو أمام محكمة الاستئناف لأول مرة ، ما لم يستخلص من ظروف تأخيره للدفع أنه قد نزل عنه . وقاضى الموضوع هو الذى يقرر ما إذا كان

- الاتفاق على تأخير رفع الدعوى أو على وقف سريان التقادم لتحقيق مصلحة أو لقيام ضرورة ، فقد أجاز القانون إضافة أجل للدين لكن الطرفين بذلك من وقف التقادم إلى حلول هذا الأجل (برورى وتيسيه ققرة ٦٢ - ققرة ٦٦) .

(١) المذكرة لإيضاحية لمشروع التمهيد فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٤٥ .

يستخلص من موقف المدين ما يستفاد منه حتماً أنه قد نزل عن الدفع بالتقادم ، ولا يفترض ذلك عند الشك فإن النزول عن الحق لا يفترض (١). وقد يستخلص النزول الضمني من طلب المدين مهلة من الدائن لدفع الدين بعد تقادمه ، أو من تقديمه للدائن كفالة بالدين أو رهناً بعد اكتمال التقادم ، أو من دفعه قسطاً من الدين أو دفعه جزءاً من فوائده أو نحو ذلك من الأعمال التي تعتبر إقراراً بالدين ، وتكون أثناء سريان التقادم سبباً لقطعه ، وبعد اكتماله نزولاً ضمنياً عنه (٢).

٦٦١ - الأهلية الواجبة للنزول عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه:

وتقول الفقرة الثانية من المادة ٣٨٨ مدني : « وإنما يجوز لكل شخص 'ملك التصرف في حقوقه أن ينزل » . فالأهلية الواجبة إذن للنزول عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه هي أهلية التصرف . فلا تكفي أهلية الإدارة ، ولا تلزم أهلية التبرع (٣).

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن المنازعة في وجود الدين لا تمنع من التسك بالتقادم ، فهو دفع يجوز التسك به احتياطياً كما يجوز التسك به أصلاً ، ولا يفهم من المنازعة في وجود الدين أنها تتضمن نزولاً عن التسك بالتقادم (٢٥ ديسمبر سنة ١٩٤٤ المبحرعة الرسمية ٤٧ رقم ٣٥) .

(٢) أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٧٦ ص ٥٧٢ - ص ٥٧٤ - بلانويول وريور وروان ٧ فقرة ١٣٨٩ - وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن رضاه المدين بالمجز حل ماله وبهية يعتبر نزولاً ضمنياً عن التسك بالتقادم (١٦ ديسمبر سنة ١٩٤١ م ٥٤ ص ٢٥) . وقضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن الاتفاق المأصل أمام المحكمة بين المدين والمدين عليه حل أن الأخير يقدم حساباً عن المبلغ المطلوب ، والإقرار بعد ذلك من أنه قدم الحساب فلا ، يقطع المدة المطلوبة إلا حصل أثناء سريانها ، ويمنع حكمها إذا تم بعد انتهائها (٨ يونيو سنة ١٨٩٩ المبحرعة الرسمية ١ ص ٩٩) . والنزول عن التقادم يجب أن يكون واضحاً لا محض فيه (استئناف مخطط ٢٩ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٧٩) . فثبوت المدين عن التسك بالتقادم بالنسبة إلى الفوائد في محكمة أول درجة لا يعتبر نزولاً ضمنياً عن التقادم ، إذا كان قد أنكر أصل الدين فانه (استئناف مخطط ٣٠ مارس سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٣٥٢) .

وإذا كان المدين دائنون متعددون بينهم واحد قابل للتقسام ، وكان الدائنون غير معاضتين ، فنزول المدين عن التقادم بالنسبة إلى أحدهم لا يمتد به بالنسبة إلى الباقين (استئناف مخطط ٩ أبريل سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٣٢٤) .

(٣) وبالرغم من أن النص صريح في أن الأهلية الواجبة هي أهلية التصرف لا أهلية التبرع ، فقد ورد في المذكرة الإيضاحية لمشروع التهديد ما يأتي : « ويعتبر التنازل بمنزلة التبرع » وإن -

أما أن أهلية التبرع لا تلزم ، فذلك لأن الدين لا يسقط بمجرد اكتمال مدة التقادم ، بل لا بد من أن يتمسك المدين بالتقادم كما قدمنا . وهو لم يتمسك به ، بل نزل عن حقه فيه ، فدينه إذن باق لم يسقط . ولو كان دينه قد سقط بمجرد اكتمال مدة التقادم ، ثم لما نزل عن التمسك بالتقادم نشأ دين جديد في ذمته ، لكان متبرعاً بانشاء هذا الدين الجديد ، ولوجب توافر أهلية التبرع فيه . ولكنه ، كما قلنا ، لا ينشئ ديناً جديداً في ذمته ، بل يستبقى ديناً قديماً ، وهذا الدين القديم وجب في ذمته من قبل فهو لا يتبرع بانشاءه من جديد .

وأما أن أهلية الإدارة لا تكني ، فذلك لأن المدين ، باستبقائه في ذمته ديناً قديماً كان يستطيع إسقاطه لو أنه لم ينزل عن حقه في التمسك بالتقادم ، لا يقوم بعمل مألوف من أعمال الإدارة ، بل هو يقوم بعمل أكبر خطراً من ذلك . فهو في موقف من يلزم ، إذ يبقى التزاماً كان في استطاعته أن يتخلص منه ، فلا تكني إذن أهلية الإدارة ، بل تجب أهلية التصرف .

ويترب على ذلك أن الصغير والمهجور لا يستطيع أى منهما أن ينزل عن حقه في التمسك بالتقادم . كذلك لا يستطيع الوصى أو القيم أن ينزل عن حق الصغير أو المهجور في التمسك بالتقادم ، من غير إذن المحكمة . ولا يستطيع الوكيل النزول عن التمسك بالتقادم ، إلا إذا أعطى توكيلاً خاصاً في ذلك .

٦٦٢ - أمر النزول هو التقادم بعرضت المحل فيه : وإذا نزل

المدين عن التقادم صراحة أو ضمناً على النحو الذى قدمناه ، كان نزوله هذا تصرفاً قانونياً صادراً من جانب واحد ، لا حاجة فيه إلى قبول الدائن ، وكان ملزماً له لا يستطيع الرجوع فيه (١) .

وينبئ على ذلك أن الدين الذى اكتملت مدة التقادم فيه يبقى في ذمة المدين

= لم تنطو فيه حقيقة الاقتتار . ويتفرع على ذلك وجوب توافر أهلية التبرع فحين يصدر منه التنازل (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٤٥) . وإذا تعارض النص الصريح مع المذكورة الإيضاحية ، وجب الأخذ بالنص الصريح .

(٥) استئناف مختلط ١٢ يونيو سنة ١٩٢٢ م ٢٥٠ ص ٥٠٢ .

على نحو بات ، بعد أن كان مهدداً بالسقوط عن طريق الدفع بالتقادم ، ويجب على المدين الوفاء به للدائن .

ومن وقت النزول عن التقادم يبدأ تقادم جديد ، كما هو الأمر في انقطاع التقادم . والأصل أن تكون مدة التقادم الجديد هي نفس مدة التقادم القديم الذي نزل عنه المدين ، ولكن قد تختلف المدتان . فلو كانت مدة التقادم الذي نزل عنه المدين خمس عشرة سنة ، فإن مدة التقادم الجديد تكون دون شك خمس عشرة سنة أخرى تبدأ من وقت نزول المدين عن التقادم الأول . فلو أن المدين نزل عن الدين بعد أن انقضى على تكامله سنتان ، فإن مدة الخمس عشرة سنة الأخرى تبدأ من وقت انقضاء سنتين على تكامل التقادم الأول ، أى بعد سبع عشرة سنة من مبدأ سريان هذا التقادم ، ومن ثم تطول مدة تقادم الدين إلى اثنتين وثلاثين سنة من أول وقت استحقاق فيه . ولو كانت مدة التقادم خمس سنوات ، في حقوق دورية متجددة ، ونزل المدين عن التقادم بعد تكامله ، كانت مدة التقادم الجديد خمس سنوات أيضاً ، حتى تتحقق الحكمة من هذا النوع من التقادم وهي عدم تراكم الديون في ذمة المدين . ولو كانت مدة التقادم خمس سنوات ، في حقوق أصحاب المهن الحرة ، ونزل المدين عن التقادم بعد تكامله ، كانت مدة التقادم الجديد خمس سنوات أيضاً ، ما لم يكن نزول المدين عن التقادم جاء عن طريق تحرير سند بالدين ، ففي هذه الحالة تكون مدة التقادم الجديد خمس عشرة سنة ، قياساً على حالة ما إذا حرر المدين سنداً بالدين في أثناء سريان التقادم ، وتطبيقاً للفقرة الثانية من المادة ٣٧٩ مدنى . ولو كانت مدة التقادم سنة واحدة ، في حقوق التجار والصناع وأصحاب الفنادق والمطاعم والعمال والخدم والأجراء ، ونزل المدين عن التقادم بعد تكامله ، فإن في نزوله هذا دحضاً لقريضة الوفاء التي قام عليها التقادم في هذه الحقوق ، فتكون مدة التقادم الجديد خمس عشرة سنة . ويستوى في ذلك أن يكون النزول عن التقادم بعد تكامله جاء عن طريق تحرير سند بالدين أو جاء عن أى طريق آخر ، وتقاس هذه الحالة على حالة التقادم الذى يسرى ضد الحكم النهائي الصادر بهذه الحقوق ، فإن مدة التقادم حينئذ تكون خمس عشرة سنة كما سبق القول .

وتقول العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية من المادة ٣٨٨ مدنى : « على أن هذا النزول لا ينفذ في حق الدائنين إذا صدر لإضرار بهم » . وفي هذا تطبيق

لقواعد الدعوى البولصية على تصرف قانوني صدر من المدين ، هو نزوله عن التقدّم بعد ثبوت حقه فيه . وقد رأينا من قبل تطبيق قواعد الدعوى غير المباشرة في نص الفقرة الأولى من المادة ٣٨٧ مدني ، وهو نص قاطع للشك في جواز استعمال الدائنين لحق مدينهم في التمسك بالتقدّم . وإذا كان هذا النص الأخير ضرورياً ، إذ يزيل الشبهة في جواز استعمال الدائنين لحق متصل بشخص مدينهم بل لرخصة لم ترق إلى مرتبة الحق (١) ، فإن نص الفقرة الثانية من المادة ٣٨٨ مدني هو أيضاً نص ضروري ، إذ يزيل الشبهة في جواز الطعن بالدعوى البولصية في تصرف للمدين لا يتقص من حقوقه ولا يزيد في التزاماته ، بل يقتصر به المدين على الامتناع عن إنقاص التزاماته ، فكان الواجب لولا النص ألا يقع تحت طائلة الدعوى البولصية (٢). وفي هذه المسألة وحدها يخرج القانون على قواعد الدعوى البولصية ، أما في المسائل الأخرى فتبقى هذه القواعد سارية . ومن ثم يشترط أن يكون نزول المدين عن التمسك بالتقدّم ، حتى يجوز الطعن فيه بالدعوى البولصية ، سبباً في إعسار المدين أو في زيادة إعساره (م ٢٣٧ مدني) . فاذا كان المدين موسراً حتى بعد النزول عن التقدّم ، فلا شأن لدائنيه في هذا النزول ما دامت حقوقهم مكفولة . ولما كان نزول المدين عن التمسك بالتقدّم لا يعتبر تبرعاً كما قلنا ، فإنه يشترط ، لعدم نقاذ هذا النزول في حق الدائنين ، أن يكون منظوياً على غش من المدين وأن يكون الدائن الذي صدر النزول لمصلحته على علم بهذا الغش . ويمكن في ذلك ، كما تقول الفقرة الأولى من المادة ٢٣٨ مدني ، أن يكون النزول قد صدر من المدين وهو عالم أنه معسر وأن يكون الدائن الذي صدر النزول لمصلحته على علم بهذا الإعسار (٣) . وهذه

(١) انظر آتياً فقرة ٦٥٠ . وانظر الوسيط جزء ٢ فقرة ٥٤٢ .

(٢) انظر الوسيط جزء ٢ فقرة ٥٧٩ .

(٣) ولما كان نزول المدين عن التمسك بالتقدّم اعتبر في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى تبرعاً ، حل خلاف النص الصريح كما قلنا ، فقد اقتضى ذلك من المذكرة الإيضاحية ألا تشترط ، لجواز الطعن بالدعوى البولصية في هذا النزول ، لا غش الدائن ولا غش المدين ، فقالت في هذا الصدد : « ويمبر التنازل بمنزلة التبرع وإن لم تنطو فيه حقيقة الانقضاء . ويضرح حل ذلك ... جواز طعن الدائنين حل هذا التنازل بطريق الدعوى البولصية ، دون أن يكون ثمة حل لإقامة الدليل على غش الدائن الذي وقع التنازل لمصلحته فضلاً عن غش المدين » (مجموعة الأعمال التشريعية ٣ ص ٢٤٥) .

المسائل مختلف عليها كل الاختلاف في فرنسا (١)، أما عندنا فالتنصوص صريحة لا تسمح بتديد صدى هذا الاختلاف (٢).

— انظر في المص الذي نقول به الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ٣١٦ ص ٢٩٤ - وانظر : استئناف مغلط ١٦ ديسمبر سنة ١٩٤١ م ٥٤ ص ٢٥ - وقارن الأستاذ عبد المنعم البدر في أثر مضي المدة في الالتزام فقرة ١٨١ ، واستئناف مغلط ١٨ مايو سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ١٠٨ .

(١) ذلك أن التفتين المدني الفرنسي لم يشتمل إلا على نص واحد في هذا الموضوع، هو نص المادة ٢٢٢٥ . وهذا النص يقتضي بجواز أن يتسك الدائنون بالتقادم ، حتى لو نزل المدين عن التسك به . وقد تشعبت المذاهب الفقهية في تفسير هذا النص ، ويمد بودرى وتيسيه من هذه المذاهب أربعة : ١ - فن الفقهاء من ذهب إلى قصر هذا النص على الدعوى غير المباشرة دون الدعوى البولسية ، فيجوز للدائنين التسك بالتقادم إذا لم يتسك به المدين ، وهذا هو معنى نزول المدين عن التسك بالتقادم الوارد في النص كما يفسرونه . ولكن إذا نزل المدين عن التقادم فهذه مسألة ترجع إلى ضيقه ، وهو بعد أن اتخذ هذا الموقف الإيجابي ونزل عن التقادم لا يحصل للدائنين سبيلا إلى الطعن في هذا النزول ، لا سيما أنه لا يجوز الطعن بالدعوى البولسية في تصرف لا يعد افتقاراً بل هو امتناع من الإثراء . ٢ - ومن الفقهاء من ذهب إلى أن النص يشمل الدعوى غير المباشرة والدعوى البولسية معاً ، ولكن يشترطون لجواز الطعن بالدعوى البولسية إثبات غش المدين في نزوله عن التسك بالتقادم (ترولوج فقرة ١٠١ وما بعدها - ماركادييه م ٢٢٢٥ فقرة ٢ - جيلوار فقرة ٣٤٢) . ٣ - ومن الفقهاء من ذهب إلى جواز الطعن بالدعوى البولسية حتى لو لم يثبت غش في جانب المدين، ويمكن أن يكون نزوله عن التقادم قد سبب إصابه أو زاد في هذا الإضرار . ويقول بودرى وتيسيه إن هذا الرأي هو الذي وجع في الفقه وفي القضاء (ميرانتون ٢١ فقرة ١٥٠ - ديولومب ١٩ فقرة ٢١٩ - فقرة ٢٢٣ - أوبري ورو ٤ فقرة ٣١٣ هامش رقم ١٨ - كولييه دي سانتير ٨ فقرة ٣٣٢ مكررة خامساً) . ٤ - ومن الفقهاء أخيراً من ذهب إلى جواز الطعن بالدعوى البولسية ، حتى لو لم يثبت غش في جانب المدين، وحتى لو لم يثبت أن نزوله عن التقادم قد سبب إصابه أو زاد في هذا الإضرار (لوران ٣٢ فقرة ٢٠٩ - فقرة ٢١٠ وفترة ٢٢٠ - هيك ١٤ فقرة ٢٢٣ - فقرة ٣٢٤) . ويقول بودرى وتيسيه أنه يصعب الدفاع عن هذا الرأي فهو يتعارض مع أحكام الدعوى البولسية ومع أحكام التقادم . انظر في هذه الآراء المخططة بودرى وتيسيه فقرة ١١٣ - فقرة ١١٩ . وقد قمنا أن التفتين المدني المصري وضع نصاً للدعوى غير المباشرة (م ١/٣٨٧) ونصاً آخر للدعوى البولسية (م ٢/٣٨٨) ، ففصل بين النوعين، حيث جسمهما التفتين المدني الفرنسي في نص واحد فأورث الحكم كل هذا التنوع .

(٢) وإذا نزل المدين عن التسك بالتقادم في الدعوى المرفوعة عليه من الدائن فقتضى عليه بالدين ، وفات دافعيه أن يتدخلوا في الدعوى ليطنوا في نزول المدين بالدعوى البولسية ، فإن لم أن يطنوا في الحكم بطريق اعتراض الخارج عن الخصومة، بشرط أن يظهروا غش منهم -

وقد قلنا أن الدائنين إذا نجحوا في الطعن في نزول المدين عن التمسك بالتقادم تطبيقاً لأحكام الثانية من المادة ٣٨٨ مدني ، فإن عليهم بعد ذلك أن يمسكوا بالتقادم نيابة عن مدينهم تطبيقاً لأحكام الفقرة الأولى من المادة ٣٨٧ مدني (١) .

٦٦٣ - جواز النزول عن المرة التي انقضت في تقادم لم تكتمل :
وقد يقع أن المدين ينزل عن التقادم ، لا قبل سريانه فيكون نزولاً عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه ومن ثم يكون باطلاً ، ولا بعد تكامله فيكون نزولاً عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه ومن ثم يكون صحيحاً ، ولكن أثناء السريان . وهذا النزول يكون صحيحاً فيما يتعلق بالمدة التي انقضت لأنه نزول عن حق في مدة قد انقضت فعلاً ، وباطلاً فيما يتعلق بالمدة الباقية لاكتمال التقادم لأنه نزولاً عن مدة مستقبلية لم يثبت للمدين حق فيها . ومن ثم نزول المدة التي انقضت بالنزول عنها ، ولا يعتد بها في حساب التقادم . ويبدأ تقادم جديد يسرى من وقت النزول عن المدة التي انقضت ، لا من وقت اكتمال التقادم السابق .

والتكييف الصحيح لهذا النوع من النزول إنما هو قطع التقادم عن طريق إقرار المدين بحق الدائن . ذلك أن المدين ، إذا نزل عن المدة التي انقضت في تقادم لم يكتمل ، إنما يقر بحق الدائن ، فيقطع الإقرار بالتقادم ، ولا يعتد بالمدة

- وقواطئه مع الدائن الذي نزل له عن التمسك بالتقادم (انظر المادة ٥٠ ؛ من تقنين المرافعات - بودري وتبنيه فقرة ١٢٠) .

(١) وإذا كان الحق يتقادم سنة واحدة ويقوم التقادم فيه حل قرينة الوفاء وتوجه فيه اليقين إلى التمسك بالتقادم ، وجب التمييز بين حالتين : (أ) حالة ما إذا اقتصر المدين على عدم التمسك بالتقادم ، فتسلك به الدائنون نيابة عن مدينهم عن طريق القدوى غير المباشرة ، فنقله الحالة يوجه للقاضي اليقين إلى المدين لا إلى الدائنين (أنسيكلاويدي دالوز ؛ لفظ *prescription civile* فقرة ٤٨٤ - وقارن الأستاذ عبد المنعم البدراوي في أثر مضي المدة في الالتزام فقرة ١٨٢) . (ب) وحالة ما إذا لم يقتصر المدين على عدم التمسك بالتقادم ، بل نزل عنه نزولاً إيجابياً ، فنقله الحالة لا يجوز للدائنين الطعن في هذا النزول بالقدوى قبلوصية ، لأن التقادم هنا مبني على قرينة الوفاء ، وقد انتفت هذه القرينة بنزول المدين عن التقادم (الأستاذ عبد المنعم البدراوي في أثر مضي المدة في الالتزام فقرة ١٨٢) .

التي انقضت ، كما سبق القول عند الكلام في انقطاع التقادم بالإقرار (١) .

ويترب على هذا التكييف أمران : (١) أن التقادم الجديد الذي يعقب التقادم السابق يكون مدته هي مدة التقادم السابق أو تختلف عنها ، وفقاً للأحكام التي قدمناها عند الكلام في انقطاع التقادم . فتكون المدة خمس عشرة سنة بدلاً من خمس في حقوق أصحاب المهن الحرة إذا كان نزول المدين عن طريق تحرير سند بالدين ، وبدلاً من سنة واحدة في حقوق التجار والصناع والعلماء ومن إليهم بمجرد الإقرار بحق الدائن عن طريق النزول عن المدة التي انقضت ، سواء كان الإقرار عن طريق تحرير سند بالدين أو عن أى طريق آخر . (٢) وما دام النزول عن المدة التي انقضت في تقادم لم يكتمل إنما هو قطع للتقادم ، فالأهلية الواجبة فيه ليست هي أهلية التصرف كما في النزول عن التقادم المكتمل (٢) ، بل هي أهلية الإدارة وهي الأهلية الواجبة في قطع التقادم كما سبق القول (٣) .

المبحث الثاني

الآثار التي ترتب على التقادم

٦٦٤ - **النصوص القانونية :** تنص المادة ٣٨٦ من التقنين المدني

على ما يأتي :

١ - **يترتب على التقادم انقضاء الالتزام . ومع ذلك يتخلف في ذمة**

المدين التزام طبيعي .

٢ - **وإذا سقط الحق بالتقادم سقطت معه الفوائد وغيرها من**

(١) انظر آتفاً فقرة ١٣٣ .

(٢) انظر آتفاً فقرة ٦٦١ .

(٣) انظر آتفاً فقرة ٦٣٣ . وانظر بلايول وديبير وردواو ٧ فقرة ١٣٨٩ مكررة .

الملحقات ، ولو لم تكتمل مدة التقادم الخاصة بهذه الملحقات (١) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ٢٦٨/٢٠٤ (٢) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٣٨٣- وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٧٣ - وفي التقنين المدني العراقي المادتين ٤٤٠ - ٤٤١ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادتين ٣٦٠ - ٣٦١ (٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٢٣ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٦٩ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٣٨٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٤٠ - ص ٢٤١) .

(٢) التقنين المدني السابق م ٢٦٨/٢٠٤ : مضى المدة المقررة بالقانون يترتب عليه سقوط التمسك واختيار براءة التمسك منه إذا تمسك بذلك . (وتتفق أحكام التقنين المدني السابق مع أحكام التقنين المدني الجديد) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٣٨٣ (مطابقة المادة ٣٨٦ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٣٧٣ (مطابقة المادة ٣٨٦ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٤٤٠ : لا يسقط الحق بمرور الزمان ، فإذا أقر المدعي عليه بالحق أمام المحكمة أخذ بإقراره ، ما لم يوجد نص يقتضي بشير ذلك .

م ٤٤١ : إذا لم تسمع الدعوى بالحق لمرور الزمان ، فلا تسمع الدعوى بالفوائد وغيرها من الملحقات ، حتى لو لم تكمل المدة المقررة لعدم سماع الدعوى بهذه الملحقات .

(ويختلف التقنين العراقي عن التقنين المصري في أن المدين ، في التقنين العراقي ، إذا أقر بالحق أمام المحكمة بعد تكامل مدة التقادم - سواء تمسك بالتقادم أو لم يتمسك به - أخذ بإقراره وذلك في غير الحقوق التي يقوم التقادم فيها على غير قرينة الوفاء كالحقوق الدورية المتجددة ، فهذه لا يجوز سماع الدعوى فيها حتى لو أقر المدين : انظر الأستاذ حسن الذنون في أحكام الالتزام في التقنين المدني العراقي فقرة ٣٩٩ . أما في مصر ، إذا أقر المدين بالحق بعد اكتمال مدة التقادم ، فإن كان ذلك قبل التمسك بالتقادم ، جاز اعتبار الإقرار نزولاً عن التمسك به . وإن كان بعد التمسك بالتقادم ، في غير تقادم السنة ، فالتقادم يسقط الحق رغم هذا الإقرار) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٣٦٠ : إن حكم مرور الزمن يمد بمثابة برهان على إبراء ذمة المدين ، وقرينة الإبراء الناشئة عنه لا ترد ولا تقبل برهاناً على العكس .

م ٣٦١ : إن حكم مرور الزمن لا يقتصر على إسقاط حق الدائن في إقامة الدعوى ، بل - (م ٧٣ - الوسيط)

ويخلص من هذا النص أن الالتزام ينقضى بالتقادم . ويجب في هذا الصدد أن نميز ، عند اكتمال مدة التقادم ، بين حالتين : (١) قبل التمسك بالتقادم (٢) بعد التمسك به .

٦٦٥ - التزام اكتملت مدة تقادمه قبل التمسك بالتقادم :

فاذا كان الالتزام قد اكتملت مدة تقادمه ، ولكن المدين لم يتمسك بعد بالتقادم ، فهو في هذه الفترة التزام مدني قائم كما كان أثناء سريان مدة التقادم . ولا تتغير طبيعة الالتزام بمجرد تكامل هذه المدة ، لأن التقادم لا يقضي الالتزام إلا إذا تمسك به المدين (١) .

ويخلص مما تقدم أن الالتزام يكون في هذه الفترة التزاماً مدنياً واجب الوفاء . ويترتب على ذلك نتائج هامة نذكر منها ما يأتي :

(١) إذا وفى المدين بالالتزام في هذه الفترة ، فإنه يوفى بالالتزام مدني مستحق الأداء . فهو لا يستطيع بعد أن وفى به للدائن أن يسترده منه ، بدعوى أنه دفع ديناً انقضى بالتقادم ، وهذا حتى لو كان الوفاء صدر عن غلط ، وكان المدين وقت أن وفى بالمدين لا يعلم باكتمال مدة التقادم ، وظن أن المدة لا تزال سارية دون أن تكتمل (٢) .

= يسقط أيضاً الموجب نفسه ، فلا يمكن بعد ذلك الاستفادة منه بوجه من الوجوه ، لا بإقامة دعوى ولا بتقديم دفع . حل أن المدين الذي أبرأه مرور الزمن من الوجهة المدنية يظل مقيداً بموجب طبيعى يمكن اتخاذه سبباً للإيفاء .

(وأحكام التقنين اللبني تنفق مع أحكام التقنين المصرى . وقد جعل التقنين اللبني التقادم قربة على براءة ذمة المدين ، وكان الأول ترك الأساس الذى يقوم عليه التقادم لفقته ، فيتطور في مرونة لا يعوقها نص تشريعى . وضع التقنين اللبني صراحة على عدم صلاحية الحق المتقادم لأن يكون دفعا ، فخرج بذلك على قاعدة أبدية الدفع . ولم يعرض التقنين المصرى لهذه المسألة بل تركها لفقته ، والرأى الغالب فى الفقه هو الأخذ بقاعدة أبدية الدفع) .

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « ولا ينقضى الالتزام قبل التمسك بالتقادم بمجرد انقضاء المدة المسقطه ، بل يظل التزاماً مدنياً إلى أن يدفع بتقادمه » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٤١) .

(٢) وهذا هو ما قضت به محكمة النقض الفرنسية وما نص عليه صراحة التقنين المدنى الألمانى . فقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأن المدين لا يسترد ما وقاه وهو جاهل باكتمال التقادم ، مادام =

(٢) إذا قدم المدين كفيلاً للدين الذى اكتملت مدة تقادمه دون أن يتمسك بالتقادم ، سواء علم باكتمال المدة أو لم يعلم ، صحت الكفالة ، إذ الكفيل بضمن التزاماً مدنياً قائماً . فإذا كان المدين يعلم ، عند ما قدم الكفيل ، بأن المدة قد اكتملت ، اعتبر تقديمه للكفيل نزولاً منه عن حقه في التمسك بالتقادم . أما إذا كان لا يعلم باكتمال المدة ، جاز له أن يتمسك بعد ذلك بالتقادم فيسقط الدين ، وجاز لكفيله في هذه الحالة أن يدفع هو أيضاً بسقوط الدين للتقادم (١).

(٣) إذا ترتب في ذمة الدائن للمدين دين توافرت فيه شروط المقاصة بالدين الذى له في ذمة المدين ، فان المقاصة تقع بين الدينين إذا تمسك الدائن بالمقاصة قبل أن يتمسك المدين بالتقادم . ذلك أن تمسك الدائن بالمقاصة يجعل الدينين يتقضيان بمجرد تلاقيهما ، وقد تلاقيا في وقت كان فيه الدين الذى اكتملت مدة تقادمه لا يزال ديناً مدنياً ، إذ لم يكن المدين قد تمسك بالتقادم عند ما تمسك الدائن بالمقاصة ، فتوافرت شروط المقاصة وانقضى الدينان . فإذا جاء المدين بعد ذلك وتمسك بالتقادم ، فانه يكون قد فعل ذلك متأخراً ، إذ وقت أن تمسك بالتقادم كان الدين قد انقضى بالمقاصة (٢) . وحكم

= الوفاء كان تلقائياً كان باختياره دون ضغط من الدائن أو تهديد منه باتخاذ إجراءات قضائية نقض فرنسي ١٧ يناير سنة ١٩٣٨ دالوز ١٩٤٠ - ١ - ٥٧ - ٤ ديسمبر سنة ١٩٤٤ دالوز ١٩٤٥ - ١٣٥ - ٢١ فبراير سنة ١٩٤٩ دالوز ١٩٤٩ - ٢٠٨ - وانظر بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٩٣) . وقضت محكمة الموشكي بأن المدين إذا طُلب بدين ظن أنه ملزم به مدنياً فدفعه ، في حين أن هذا الدين كان قد سقط الحق فيه بمضى المدة ، لم تقبل منه دعوى استرداد هذا المبلغ لأنه دفعه بإرادته (١٨ مارس سنة ١٩٠٦ المجموعة الرسمية ٧ رقم ٦٨ ص ١٤٢) . وتنص المادة ٢٢٢ من الترتين المدف الألمانى على أنه « إذا اكتملت مدة التقادم ، كان للملزم الحق في رفض الوفاء بالدين . ولكن ما دفعه وفاء لمطالبة تقادمت لا يجوز له استرداده ، حتى لو كان الوفاء قد تم وهو جاهل بالتقادم . ويسرى هذا الحكم أيضاً في حالة ما إذا صدر من الملزم إقرار تعاقدى بالدين ، أو تقدم بضمأن لكفاله » . انظر التعليقات على الترتين المدف الألمانى م ١ ٢٢٢ فقرة ١ - فقرة ٢ .

(١) قارن المادة ٢٢٢ من الترتين المدف الألمانى والتعليقات على الترتين المدف الألمانى ١

م ٢٢٢ فقرة ٢ .

(٢) والمفروض هنا أن الدينين وقت أن تلاقيا كان أحدهما قد اكتملت مدة تقادمه دون أن يتمسك المدين بالتقادم ، ولذلك وجب أن يكون تمسك الدائن بالمقاصة سابقاً على تمسك المدين بالتقادم . أما إذا كان الدين لم تكتمل مدة تقادمه وقت ان تلاق بالدين المتقابل ، فإنه يسقط =

المقاصة هنا هو حكم الوفاء بالدين المتقادم قبل التمسك بتقادمه ، لأن المقاصة ضرب من الوفاء .

٦٦٦ - التزام اكتملت مرة تقادمه بعد التمسك بالتقادم : ويتغير الحكم إذا اكتملت المدة وتمسك المدين بالتقادم ، فانه بمجرد أن يتمسك المدين بالتقادم على النحو الذى فصلناه يسقط الدين وتوابعه . وهناك رأى يذهب إلى أن التقادم يلحق الدعوى دون الحق ، ولكن الظاهر هو أن التقادم يسقط الحق نفسه هو ودعواه جميعاً . وأياً كان رأى فى سقوط الدعوى دون الحق أو فى سقوط الدعوى والحق معاً ، فانه يتخلف عن الالتزام المدنى التزام طبيعى ، فان سقطت الدعوى دون الحق فقد أصبح الحق مجرداً من الدعوى وانحدر الالتزام المدنى إلى التزام طبيعى ، وإن سقط الحق والدعوى معاً فقد بقى فى ذمة المدين واجب أدبى ارتقى إلى مرتبة الالتزام الطبيعى .

فهناك إذن ثلاث مسائل نببحثها على التعاقب : (١) سقوط الدين وتوابعه عند التمسك بالتقادم (٢) تأصيل هذا السقوط وهل يلحق الدعوى دون الحق أو يلحق الدعوى والحق جميعاً (٣) تخلف التزام طبيعى عن الالتزام المدنى الذى سقط بالتقادم .

المطلب الأول

سقوط الدين وتوابعه عند التمسك بالتقادم

٦٦٧ - سقوط الدين وتوابعه : إذا تمسك المدين بالتقادم على النحو الذى بسطنا ، فان الدين يسقط ، ولا يستطيع الدائن أن يجبر المدين على أدائه (١) .

مع المقاصة حتى لو كان التمسك بها لاحقاً لتمسك المدين بالتقادم . وقد رأينا أن المادة ٣٦٦ مدنى تنص على هذا الحكم صراحة إذ تقول : « إذا كان الدين قد مضى عليه مدة التقادم وقت التمسك بالمقاصة ، فلا يمنع ذلك من وقوع المقاصة به رغم التمسك بالتقادم ، مادامت هذه المدة لم تكن قد تمت فى الوقت الذى أصبحت فيه المقاصة ممكنة » . انظر آنفاً فقرة ٥٥٩ .

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التهنيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٤٠ -

ويسقط مع الدين توابعه من كفالة ورهن رسمى وحق امتياز وحق اختصاص وما إلى ذلك ، فتراث ذمة الكفيل وينتفىض الرهن والامتياز والاختصاص بانقضاء الدين الأصلى بالتقادم (١) ، فان التابيع يزول بزوال الأصلى (٢) .

كذلك يسقط مع الدين ما استحق من فوائد وملحقاته باعتبارها توابيع للدين ، حتى لو لم تكن هذه الفوائد والملحقات قد سقطت هى ذاتها استقلالاً بالتقادم . ذلك أنه يمكن أن تتصور سقوط الفوائد والملحقات بالتقادم استقلالاً دون سقوط الدين الأصلى ، فاذا مضى على استحقاق الفوائد مثلاً خمس سنوات سقطت ، وقد لا يسقط الدين الأصلى إلا بخمس عشرة سنة : فتسقط الفوائد دون أن يسقط الدين . أما إذا سقط الدين بالتقادم ، فان الفوائد والملحقات تسقط حتماً معه ، حتى لو لم يمض عليها مدة التقادم الخاص بها . فاذا تقادم الدين وسقط ، سقط معه ، ليس فحسب الفوائد التى مضى على استحقاقها خمس سنوات فهذه تسقط بالتقادم استقلالاً عن الدين ، بل تسقط أيضاً الفوائد التى لم يمض على استحقاقها خمس سنوات . وهذه تسقط تبعاً لسقوط الدين الأصلى ، وقد سقط هذا بأثر رجعى كما سنرى ، فتسقط تلك بسقوطه سقوطاً يستند إلى الماضى . وقد رأينا الفقرة الثانية من المادة ٣٨٦ مدنى تنص على هذا الحكم

(١) استئناف وطى ٢ أبريل سنة ١٨٩٦ القضاء ٣ ص ٢٤٢ .
(٢) ويبنى التابيع ما يبنى الأصل ، فإذا كان الدين الأصلى باقياً ، بقيت ضماناته ولو اكتملت بالندبة إليها مدة التقادم ، مادام الدين الأصلى - بسبب انقطاع التقادم مثلاً - لم يتقادم (بوردوى وتيسيه فقرة ٦١٢ مكررة) .

وتنص المادة ٢٢٣ من القانون المدنى الألمانى بأن تقادم الدين لا يبنى رهن الحيازة ولا الرهن الرسمى . بل يبنى الرهنان مستجيب لأثرهما بالرغم من تقادم الدين (سالم ٢٢٣ ص ٣٢٩) . وهذا الحكم يمكن التسليم به فى القوانين اللاتينية ، فى رهن الحيازة دون الرهن الرسمى ، فإن رهن الحيازة ، كما قدسنا ، يمنع من تقادم الدين ، فيبقى الدين قائماً ما دام لئى المرهون فى حيازة الدائن . أما فى القانون الألمانى فيمكن تعليل بقاء كل من رهن الحيازة والرهن الرسمى بالرغم من تقادم الدين بأن للتقادم ، فى الفقه الجرماني ، إذا استقط عنصر المسؤولية فى الالتزام ، فإنه يبقى عنصر المديونية ، وإلى هذا العنصر يستند رهن الحيازة والرهن الرسمى (انظر ما يلى فقرة ٦٧٢ فى الخامس) .

صراحة إذ تقول : وإذا سقط الحق بالتقادم ، سقطت معه الفوائد وغيرها من الملحقات ولو لم تكتمل مدة التقادم الخاصة بهذه الملحقات (١) .

٦٦٨ - سقوط الدين بأثر رجعي : وإذا سقط الدين بالتقادم ،

سقط بأثر رجعي ، واستند سقوطه إلى الوقت الذي بدأ فيه سريان التقادم ، لا إلى الوقت الذي اكتملت فيه مدة التقادم (٢) . يدل على ذلك في وضوح سقوط الحق في الفوائد والملحقات ولو لم تكتمل مدة التقادم الخاصة بها . فلو كان الدين الأصلي الذي انقضى بالتقادم سقط من وقت اكتمال مدة التقادم لا من وقت مبدأ سريانه ، لبيت آثار هذا الدين إلى وقت اكتمال المدة قائمة ، ومن ثم كانت تبقى الفوائد والملحقات التي أنتجها الدين ، ولا تسقط إلا إذا تقادمت هي مستقلة عن الدين . ولكن لما كان الدين ينقضى بأثر رجعي من وقت مبدأ سريان التقادم ، فإنه يعتبر غير موجود خلال مدة سريان التقادم ، وتعتبر الفوائد التي أنتجها خلال هذه المدة ولم تدفع غير موجودة ، وهكذا تسقط بسقوط الدين (٣) .

على أنه لا يستخلص من سقوط الدين بأثر رجعي أن المدين إذا كان قد دفع منه للذات أقساطاً أو فوائد مستحقة قبل أن تتكامل مدة التقادم يستطيع أن يستردها (٤) ، بدعوى أن الدين يعتبر غير موجود من وقت مبدأ سريان التقادم

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التفسيرية ٣ ص ٣٤١ .

(٢) ويقول بودرى ونيسيه إن استناد التقادم بأثر رجعي إلى وقت مبدأ سريانه تقضى به طبيعة نظام التقادم والهدف الذي يرى هذا النظام إلى تحقيقه . فالأوضاع المستقرة التي يقصد بنظام التقادم إلى احترامها وحمايتها قد استقرت منذ مبدأ سريان التقادم ، فإن هذا الوقت يجب الرجوع في تحديد أثر التقادم (بودرى ونيسيه فقرة ١٠٣ مكررة) .

(٣) وقد كان هذا الحكم معمولاً به دون نص في عهد التقنين المذوق السابق (الموجز للمؤلف فقرة ٦١٣ - الأستاذ أحمد حشمت أبوسيت فقرة ٨٥٥) .

(٤) ويلدب بلانيول وريبير وردوان إلى أن عدم استطاعة المدين أن يسترد ما دفع قبل تقادم الدين من أقساط وفوائد دليل على أن التقادم ليس له أثر رجعي (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٩٣ ص ٨٠٩ . وانظر أيضاً كولان وكايتان ٢ فقرة ٦١٥) . ولكن لا يمكن أن نفسر بدون الأثر الرجعي سقوط الفوائد التي لم تدفع عليها مدة التقادم بسقوط الدين الأصلي . -

فلم توجد الأقساط ولم تستحق الفوائد . ذلك أن المدين وقت أن دفع هذه الأقساط والفوائد ، كان الدين لم يتكامل تقادمه . فكان ديناً مدينياً مستحقاً في ذمته بأقساطه وفوائده ، فيكون وقت الدفع قد دفع المستحق في ذمته ، فلا يستطيع أن يسترده بدعوى دفع غير المستحق . وإذا كان الدائن لا يستطيع أن يتمسك بوجود الدين بعد تقادمه عن طريق الدعوى ، فإنه يستطيع أن يتمسك بوجوده بعد تقادمه عن طريق الدفع . وهذا ما ننقل الآن إليه .

٦٦٩ - سقوط الدين بالتقادم عن طريق الدعوى لا يمنع من

التمسك بوجوده عن طريق الدفع . رأينا أن المدين إذا تمسك بتقادم الدين ، فإن الدين يسقط ، ولا يستطيع الدائن أن يطالب به المدين . ولكن إذا كان الدائن لا يستطيع أن يتمسك بوجود الدين المتقادم عن طريق الدعوى (action) ، فإنه يستطيع أن يتمسك بوجوده عن طريق الدفع (exception) . وقد كانت القاعدة في القانون الفرنسي القديم أن الدعوى إذا كانت تنقضي بالتقادم ، فإن الدفع دائم لا يتقادم (*quae temporalia sunt ad agendum perpetua sunt ad excipiendum*) وقد انتقلت هذه القاعدة إلى القانون الفرنسي الحديث ، وقال بها الفقه والقضاء في فرنسا (١) ، ولا مانع من الأخذ بها في مصر ، فهي تتمشى مع طبيعة الدفع .

ويقال عادة في تبرير هذه القاعدة إن التقادم إنما يرد على الدعوى ولا يرد على الدفع . فالدعوى هي التي كان صاحبها يستطيع أن يرفعها خلال مدة التقادم ، فإذا لم يرفعها حتى انقضت هذه المدة ، سقط الحق . أما الدفع فهو

= أما عدم استطاعة المدين أن يسترد ما دفع قبل تقادم الدين من أقساط وفوائد فيمكن تفسيره ، كما سنرى ، بأن الدين المتقادم إذا كان لا يمكن التمسك بوجوده عن طريق الدعوى ، فإن هذا لا يمنع من جواز التمسك بوجوده عن طريق الدفع .

(١) تولى ٧ فقرة ٦٠٠ وما بعدها - ترولونج فقرة ٨٢٧ وما بعدها - ديولومب ٢٩ فقرة ١٣٦ - جيلوار ١ فقرة ٥٣ - فقرة ٥٤ - لاروميير م ١٣٠٤ فقرة ٣٤ وما بعدها - أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٧١ ص ٥٢٩ - ص ٥٣١ - وقارن : كولييه ص ١٣٠٤ م ٢٦٥ مكررة سادساً وسابعاً - لوران ١٩ فقرة ٥٧ وما بعدها و ٣٢ فقرة ٣٧٢ - بودرى وتيسيه فقرة ٦١٢ .

طبيعته موضوع لمعارضة طلب يوجه ضد صاحب الدفع . وما دام هذا الطلب لم يوجه ، فكيف يتسنى لصاحب الدفع أن يتمسك به ؟ وجب إذن ، مطاوعة لطابع الأشياء ، أن يبقى الدفع ما بقي الطلب ، حتى لو انقضت على الدفع مدة التقادم . وهذا هو تفسير ما يقال من أن الدفع لا يتقادم .
ونأتي ببعض تطبيقات لهذه القاعدة :

(١) دعوى البطلان تتقادم بخمس عشرة سنة من وقت العقد (م ٢/١٤١ مدني) ، ولكن الدفع بالبطلان لا يسقط بالتقادم مهما طاللت المدة . فاذا باع شخص أرضاً ، وكان البيع باطلاً ، وسلم البائع الأرض للمشتري ، استطاع البائع أن يرفع دعوى البطلان في خلال خمس عشرة سنة من وقت صدور البيع . وهو إذا لم يرفع دعوى البطلان في خلال هذه المدة ، سقط حقه ، بعد أن قصر في رفع الدعوى طوال هذا الوقت . أما إذا لم يسلم البائع الأرض للمشتري ، فهو ليس في حاجة إلى رفع دعوى البطلان ما دامت الأرض في يده . ولا يمكن أن يعتبر مقصراً إذا هو اطمأن إلى أن البيع باطل وإلى أن الأرض لم تخرج من حيازته . فاذا ما طالب المشتري بتسليم الأرض ، أمكنه أن يدفع هذا الطلب ببطلان البيع . ولكن متى يستطيع التمسك بهذا الدفع ؟ لا يمكنه بطبيعة الحال أن يتمسك به إلا عند ما يرفع المشتري عليه دعوى المطالبة بالتسليم . فاذا فرض أن المشتري أمكنه أن يرفع دعوى التسليم بعد انقضاء خمس عشرة سنة ، بأن قطع تقادم هذه الدعوى مثلاً ، فإنه يجب أن يتمكن البائع من الدفع ببطلان البيع ولو بعد انقضاء خمس عشرة سنة وهي مدة التقادم ، لأنه ما كان يستطيع أن يتمسك بهذا الدفع إلا بعد رفع دعوى التسليم . ونرى من ذلك أنه إذا كانت دعوى البطلان تسقط بالتقادم ، فإن الدفع بالبطلان لا يتقادم (١) .

(١) انظر الوسيط جزء أول فقرة ٣٢٠ - وإذا كان الدفع ببطلان العقد لا يتقادم ، فإن الدفع بإبطال العقد يتقادم ، كدعوى الإبطال نفسها ، بثلاث سنوات (الوسيط جزء أول فقرة ٣٢١) . وقد جاء في الجزء الأول من الوسيط في تبرير هذه التفرقة ما يأتي : « ويلاحظ أن الدفع بالإبطال في العقد القابل للإبطال يخطف عن الدفع بالبطلان في العقد الباطل في أن الدفع في الحالة الأولى هو في حقيقته دعوى وكذلك هو في صورته ، إذ يستخذ من ناحية الإجراءات صورة دعوى فرعية يقيسها المدعي عليه ويطلب فيها إبطال العقد . أما الدفع في الحالة الثانية فهو -

(٢) في بيع باطل أجل فيه دفع الثمن ، إذا لم يسلم البائع المبيع إلى المشتري وسكت المشتري عن المطالبة بالمبيع وعن دفع الثمن اعتماداً على بطلان البيع ، فلا يمكن اعتباره مقصراً إذا هو لم يرفع دعوى بطلان البيع في خلال خمس عشرة سنة . فإذا رفع البائع بعد انقضاء هذه المدة دعوى الثمن على المشتري ، وكانت هذه الدعوى لم تتقدم بسبب تأجيل الثمن ، كان من حق المشتري أن يدفع ببطلان البيع ، ولو أن هذا الدفع قد مضى عليه أكثر من خمس عشرة سنة ، لأنه ما كان يستطيع أن يتمسك بهذا الدفع قبل رفع دعوى الثمن (١) .

(٣) إذا تقدم الدين فسقط من وقت مبدأ سريان التقادم ، وكان المدين قد دفع أثناء سريان التقادم بعض أقساط الدين ، فإنه لا يستطيع بعد سقوط الدين بالتقادم أن يسترد من الدائن ما دفعه . فهو إذا رفع دعوى استرداد غير المستحق ، استطاع الدائن أن يدفع هذه الدعوى بوجود الدين رغم تقدمه ، فتكون الأقساط المدفوعة مستحقة لا يجوز استردادها (٢) . وري من ذلك أن الدائن إذا كان لا يستطيع التمسك بوجود دين متقدم عن طريق الدفع ، فإنه يستطيع التمسك بوجود هذا الدين عن طريق الدفع . وإذا كانت الدعوى تسقط بالتقادم ، فإن الدفع لا يتقدم .

= دفع محض، من ناحية الموضوع ومن ناحية الإجراءات . ومن ثم فالدفع بالإبطال يتقدم ، لأنه دعوى والى دعوى يرد عليها التقادم . أما الدفع بالبطلان فلا يتقدم ، لأنه دفع والدفع لا يتقدم » (الوسيط جزء أول فقرة ٢٢١ ص ٥٢٣ هامش رقم ١) .

وقاعدة أبدية الدفع أو عدم تقدمه لا تنطبق في الأحوال الآتية : ١ - في الدعوى المعارضة ودعوى المدعى عليه ، كما رأينا . فهذه ليست بدفع ودعوى ، وإنما هي دعوى ، والدعوى تتقدم (بودرى وتيسيه فقرة ٦١١) . ٢ - فيما إذا كان الدفع رداً على دفع سبقه ، فدفع للدفع إنما هو دعوى لا دفع . ذلك أن من يدفع الدفع لا يزال في موقفه مهاجماً لصاحب الدفع الذي التزم موقف الدفاع ، فدفع الدفع ملحق بالدعوى وبهذا الاعتبار يتقدم (بودرى وتيسيه فقرة ٦١٠ ص ٤٥٩) . ٣ - في المواعيد المسقط (délais de déchéance) فهذه متى انقضت ، سقط الحق لعدم استعماله في المياد ، فلا يصلح لا طلباً ولا دفناً (انظر آنفاً فقرة ٥٩٤) .

(١) قارن بودرى وتيسيه فقرة ٦٠٩ ص ٤٥٦ - الأستاذ عبد المنعم البدرى في أثر مضى المدة في الالتزام فقرة ٢٧٦ ص ٢٥٨ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٦٦٨ .

٦٧٠ - تقادم الدين قر بغير غير المدين : وإذا انقضى الدين بالتقادم ، فإن المدين هو الذى يفيد من هذا الانقضاء إذ تبرأ ذمته من الدين . وقد يفيد من انقضاء الدين غير المدين .

فالكفيل له أن يتمسك بتقادم دين المدين الأصلي كما قدمنا ، فيفيد من انقضاء هذا الدين وإن كان دينه هو لم ينقض بالتقادم . ذلك أن التزام الكفيل تابع لالتزام المدين ، فتنى سقط الالتزام الأصلي بالتقادم سقط معه الالتزام التابع .

والمدين المتضامن يفيد أيضاً من تقادم الدين بالنسبة إلى مدين متضامن آخر ، بقدر حصة هذا المدين (١) . وقد قدمنا أن الفقرة الأولى من المادة ٢٩٢ مدني تنص على أنه : إذا انقضى الدين بالتقادم بالنسبة إلى أحد المدينين ، فلا يستفيد من ذلك باقي المدينين إلا بقدر حصة هذا المدين .

وكذلك الدائن المتضامن يحتاج عليه المدين بتقادم الدين بالنسبة إلى دائن متضامن آخر ، بقدر حصة هذا الدائن ، وقد تقدم بيان ذلك (٢) .

وإذا تقادم الدين غير المتجزئ بالنسبة إلى أحد المدينين المتعديدين ، أفاد من التقادم المدينون الآخرون في كل الدين لأنه غير متجزئ ، ولو لم تكتمل مدة التقادم بالنسبة إلى هؤلاء المدينين (٣) .

كذلك إذا تقادم الدين غير المتجزئ بالنسبة إلى أحد الدائنين المتعديدين ، فإن طبيعته غير القابلة للتجزئة تجعله متقادماً بالنسبة إلى باقي الدائنين ولو لم تكتمل مدة التقادم بالنسبة إليهم ، ويستطيع المدين أن يحتج على أى دائن بالتقادم الذى اكتمل بالنسبة إلى دائن آخر (٤) .

(١) انظر آنفاً فقرة ١٩٤ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ١٤٢ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٢١٧ .

(٤) انظر آنفاً فقرة ٢٢٥ - وانظر أيضاً كيف يفيد الحائز للمقام المرحون من تقادم الدين الموصون بالرحمن آنفاً فقرة ٦٤٩ .

٦٧١ - انتقال الدين المتقادم الى خزانة الدولة في حالات ينص

عليها القانون : والأصل أن الدين إذا سقط بالتقادم ، برئت منه ذمة المدين . ولكن قد يقضى القانون في بعض حالات استثنائية بأن الدين المتقادم يضيع على الدائن ، ولكن لا تبرأ منه ذمة المدين . بل ينتقل الدين إلى الدولة ، فيدفعه المدين لخزانة العامة . وقد رأينا أن المادة ٢٨ من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ تقضى بأن تؤول إلى الدولة جميع المبالغ التي أصابها التقادم ، متى كانت هذه المبالغ تمثل أرباح وفوائد الأسهم والسندات التي لم يطالب بها أصحابها ، وكذلك قيمة الأسهم والسندات نفسها والودائع والسندات المودعة لدى البنوك والمبالغ المعطاة على سبيل الضمان . وقدمنا (١) أن هذا الحكم مبنى على اعتبارات ترجع إلى مصلحة خزانة الدولة ، فبدلاً من أن تؤول هذه المبالغ إلى الشركات والبنوك عن طريق التقادم ، رأى المشرع أن تؤول إلى خزانة الدولة ، تصرفها فيما يعود بالنفع على المصلحة العامة . فعمد ، بنص تشريعي ، إلى نقل ملكية هذه المبالغ بمجرد تقادمها إلى الخزانة العامة .

والتشريع المصرى مأخوذ من تشريع فرنسى هو المادة ١١١ من قانون ٢٥ يونيه سنة ١٩٢٠ ، ويقضى هذا التشريع في فرنسا بأن تؤول إلى خزانة الدولة الديون الآتية : ١ - ما يصيبه التقادم الخمسى أو التقادم الاتفاقى من الكوبونات والفوائد والأرباح الناتجة من الأسهم وحصص المؤسسين والسندات المتداولة التي أصدرتها شركات تجارية أو مدنية أو أية هيئات أخرى عامة أو خاصة . ٢ - ما يصيبه التقادم الثلاثينى أو التقادم الاتفاقى من الأسهم وحصص المؤسسين والسندات وجميع الأوراق المالية الأخرى كأوراق النصيب وسندات الخزانة ذات الأجل القصير وبوالص التأمين التي أصدرتها الشركات والهيئات المتقدمة الذكر . ٣ - جميع الودائع والمبالغ المودعة في البنوك أو مؤسسات الائتمان أو غيرها من المؤسسات التي تتسلم نقوداً كودائع أو كحسابات جارية ، إذا أصابها التقادم . ٤ - جميع السندات والأوراق المالية المودعة

في البنوك أو غيرها من المؤسسات التي تتسلم أوراقاً مالية على سبيل الوديعة أو لأي سبب آخر ، إذا أصابها التقادم .

وينتقد الفقه الفرنسي هذا التشريع ، ويعتبر أنه ينطوي على مصادرة لأموال الأفراد في غير الأحوال التي تجوز فيها المصادرة (١) . وقد أصاب التشريع المصري ، كالتشريع الفرنسي ، حظه من الانتقاد (٢) .

(١) ويقول الفقه الفرنسي إن هذا التشريع لغريب يستند إلى أن المبالغ التي نقل ملكيتها إلى خزنة الدولة قد أصبحت يتقادمها مالا مباحاً لا مالك له (biens vacants et sans maître) . وهذا غير صحيح ، لا من ناحية قواعد المال المباح ولا من ناحية قواعد التقادم ، للأسباب الآتية : ١ - إن المال المباح إذ كان منقولاً لا يكون ملك الدولة ، بل يكون لمن يستولى عليه . ٢ - هل أن هذه المبالغ ليست مالا مباحاً أصلاً ، فهي ديون لها أصحابها ، وقد تقادمت ، والتقادم لا يقضي الدين إلا إذا تمسك به المدين . فإذا لم تمسك المصارف والشركات بالتقادم ، بقيت هذه الديون لأصحابها وهم الدائنون . ٣ - وحتى لو تمسكت المصارف والشركات بالتقادم ، فإن القاعدة هي أن الديون التي تسقط بالتقادم تبرأ منها ذمة المدين . أما هنا فقد نقلها المشرع من دائن إلى دائن آخر لا شأن له بها إطلاقاً ، ولم يبرء منها ذمة المدين .

ويقول الفقه الفرنسي إن المشرع بتشريع هذا لم ينتقل ملكية مال بسبب سائغ من أسباب نقل الملكية ، بل هو قد عمد إلى مصادرة أموال الأفراد في غير الأحوال التي تجوز فيها المصادرة . ثم إنه قد أتى الاضطراب واللبلة في قواعد التقادم ، إذ أخضع طائفة من الأموال إلى نظام خاص يشذ عن نظام التقادم ، فأنار كثيراً من الصعوبات والمسائل الشائكة . فهل يجوز مثلاً المدين في الحالات التي مرض لها التشريع ، أن يقر بالدين فيقطع التقادم ؟ وهل يقف سريان التقادم إذا قام سبب يستوجب وقف السريان ؟ وهل إذا دفع الدائن الدين بعد تقادمه إلى المدين ، يجوز له استرداده ؟ وهل يتخلف عن الدين به تقادمه التزام طبيعي ؟ وهل يجوز للقاضي أن يحكم بالتقادم من تلقاء نفسه إذا لم يتمسك به المدين ؟ كل هذه صعوبات أثارها هذا التشريع الشاذ ، يدل بذلك على مبلغ الفوضى والاضطراب التي يلقيها المشرع في المعاملات بين الناس عندما يشرع وهو مشغول باعتبارات مالية تتعلق بالخزنة !

انظر في كل ذلك : بلانيول وريبير ودهوان ٧ فقرة ١٤٠١ - جوسران ٢ فقرة ١٠٠٠ ص ٢٢٧ .

(٢) وقد تحدثنا عن التشريع المصري ، في مقال لنا عن مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية ، مديان : « وقبل أن نترك قوانين الضرائب نشر إلى نص ورد في القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ الخاص بضرائب الدخل . وهو نص لا يخلو من غرابة ، وقد ألغى المشرع في المكان الذي وضعه فيه دون مبرر ، ويذهب أن يكون منطوقاً على انحراف في استعمال السلطة التشريعية . فقد قضت المادة ٢٨ من القانون المشار إليه بأن الأرباح والفوائد على الأسهم والسندات والودائع النقدية وودائع الأوراق المالية وغيرها من الديون التي تكون مستحقة =

المطلب الثاني

تأصيل سقوط الدين بالتقادم

٦٧٢ - الرأى الاول - التعبير بين المديونية والمسئولية (المذهب

الجرماني) : يذهب الفقه الجرماني إلى التمييز بين عنصرين في الالتزام : ١ - عنصر المديونية (Schuld, Debitum) ٢ - وعنصر المسئولية (Haftung, Obligation). فالمديونية هي الواجب القانوني الذي يفرض على المدين، ويتقضى بالوفاء. فإذا لم يقم المدين بالوفاء، ظهر العنصر الآخر وهو المسئولية، وبموجبه يجبر المدين على الوفاء (١).

= للأفراد في ذمة الشركات والمصارف ونحوها تؤول إلى الحكومة إذا خلفها التقادم. وقد قيل في تعليل هذا النص، الذي يخرج عن أصول القانون المدنى، إن التقادم مبنى على قرينة الوفاء، وهذه القرينة متفتية إذا كانت المدين شركات أو مصارف لها من انتظام حساباتها ما يقطع فيما إذا كان الدائن قد استوفى حقه منها أو لم يستوفه، فإن كان لم يستوفه فعلا فلا محل لقيام قرينة على الوفاء. ولكن هذا التعليل لا يستلزم أن تحمل الحكومة محل الدائن بانقضاء مدة التقادم. وما دنا قد أبقينا الحق ولم نسلطه بانقضاء هذه المدة، ليقيننا من أن الدائن لم يستوفه، فإن الوضع السليم هو أن يبقى الحق لصاحبه، لا أن تستولى الحكومة عليه دون مقابل، فتكون قد زهت ملكية لغير المنفعة العامة ويدون تعريض (مجلة مجلس الدولة الستة الثالثة يناير سنة ١٩٥٢ ص ٨٢ - ص ٨٣).

(١) ويذهب فقهاء الألمان في تحليل هذين العنصرين إلى مبنى جديد. فتدعم أن المديونية هي علاقة قانونية تتضمن واجباً قانونياً (rechtliches Sollen)، ويميزون في هذه العلاقة بين واجب المدين في الوفاء وواجب الدائن في قبول الوفاء. ولا يظهر عنصر الجبر في أى من هذين الواجبين، وهو لا يظهر إلا بوجود علاقة المسئولية. وهذه العلاقة هي التي تجعل لدائن سلطاناً، يعاونه عادة عن طريق الدعوى والتنفيذ الجبرى. فن الناحية الإيجابية تمثل المسئولية سلطاناً للدائن، ومن الناحية السلبية تمثل خضوعاً من المدين. ثم يميز الفقه الألمانى بين المسئولية الشخصية والمسئولية المالية والمسئولية العينية. فن المسئولية الشخصية تخضع شخص المسئول لسلطان الدائن، وكانت هذه المسئولية تقع في القديم على جسم المدين، ثم أصبحت الآن تقع على ذمة المالية. وفي المسئولية المالية لا يكون المدين مسئولاً مسئولية شخصية في مجموع ذمته، بل يكون مسئولاً مسئولية مالية في ذمة محددة تحديداً مادياً، وذلك كمسئولية الوارث من ديون المورث فالتركة وحدها هي المسئولة، ومسئولية المرأة المتزوجة في أموالها الخاصة عن الديون التي لا تكون =

ويجتمع العنصران عادة في الالتزام . ولكن يحدث أحياناً أن توجد المسؤولية دون المديونية ، كما في التزام الكفيل ، فهو مسئول عن الدين المكفول دون أن يكون هذا الدين في ذمته . ويحدث أحياناً أن توجد المديونية دون المسؤولية ، كما في الالتزام الطبيعي ، فالمدين بهذا الالتزام لا يجبر على الوفاء به .
 ' ومن ثم يجيء سقوط الالتزام بالتقادم عن طريق انفصال عنصر المسؤولية عن عنصر المديونية في الالتزام ، واختفاء العنصر الأول بالتقادم مع بقاء العنصر الثاني . فلا يبقى إذن ، في الالتزام المتقادم ، عنصر المسؤولية ومن ثم لا يجبر المدين على الوفاء به . ولكن يبقى عنصر المديونية ، ومن ثم إذا وفي المدين مختاراً الالتزام الذي سقط بالتقادم فإنه يوفي ديناً مترتباً في ذمته ، ولا يكون متبرعاً ، فلا يستطيع استرداد ما وفي به (١) .

- الأموال المشتركة مستولة عنها . وفي المسؤولية العينية تخضع عين معينة من أموال المدين لسلطان الدائن ، وذلك كما في الرهن والتكاليف العينية والدين العقاري والإيراد العقاري .
 انظر الأستاذ عبد المنعم البدرأوى في أثر مضي المدة في الالتزام فقرة ٢٢٤ - فقرة ٢٢٢ .
 (١) ويؤيد ذلك أن المادة ٢٢٢ من التقنين المدني الألماني تنص ، كما رأينا (انظر آنفاً فقرة ٦٦٥ في الهامش) ، على ما يأتي : « إذا اكتملت مدة التقادم ، كان للملتزم الحق في رفض الوفاء بالدين . ولكن ما دفعه وفاء لمطالبة تقادمت لا يجوز له استرداده ، حتى لو كان الوفاء قد تم وهو جاهل بالتقادم . ويسرى هذا الحكم أيضاً في حالة ما إذا صدر من الملتزم إقرار تماقدي بالدين ، أو تقدم بضمان لكفالاته » . وتنص المادة ٢٢٣ من التقنين المدني الألماني بأن تقادم الدين لا ينهي رهن الحيازة ولا الرهن الرسمي ، بل يبقى الرهنان متجين لأثرهما بالرغم من تقادم الدين . فبقاؤها يستند إذن إلى عنصر المديونية الذي بقى بعد زوال عنصر المسؤولية (انظر آنفاً فقرة ٦٦٧ في الهامش) . كذلك يجوز أن يمود عنصر المسؤولية إذا صدر من المدين بالاتفاق مع الدائن إقرار بالدين بعد تقادمه ، أو إذا قدم المدين تأمناً لضمان الدين .
 على أن التقنين المدني الألماني يميز بين الحق وحق الادعاء والدعوى . والفرق بين حق الادعاء والدعوى أن حق الادعاء (prétention, Anspruch) ينشأ بنشوء الحق وقبل الإخلال به ، أما الدعوى فلا تنشأ إلا عند الإخلال بالحق ، فالدعوى هي الجزاء على حق الادعاء . والتقادم يقضى حق الادعاء دون الحق نفسه ، وإذا القضى حق الادعاء فإن الدعوى لا يمكن أن تنشأ (انظر التعليقات على التقنين المدني الألماني م ١٩٤ فقرة ١ م ١٩٨ فقرة ١) . وتنص المادة ١/١٩٤ من التقنين المدني الألماني على أن « الحق في اقتضاء عمل أو امتناع من عمل من شخص آخر (حق الادعاء) يخضع للتقادم » . ثم تنص المادة ١٩٨ من نفس التقنين على أنه « يبدأ سريان التقادم من اليوم الذي ينشأ فيه حق الإيداع » . فإذا كان محل هذا الحق امتناعاً من عمل ، بدأ سريان التقادم من الوقت الذي يخل فيه المدين بهذا الحق » .

وهذه النظرية الجرمانية ، التي تفسر بعض النظم القانونية الموجودة في
الثقنين المدنى الألماني كالدين العقارى والإيراد العقارى والرهن ، لم يقبلها إلا
قليل من الفقهاء في فرنسا (١) ، ولم تسد في الفقه الفرنسى ولا في الفقه اللاتينى
بوجه عام (٢) .

٦٧٣ - الرأى الثانى - التقادم بسقط الدعوى دونه الحق -

لا تميز النظرية التقليدية كثيراً بين الحق والدعوى ، فالفرق بينهما ليس إلا
الفرق بين السكون والحركة في الجسم الواحد ، والدعوى ليست إلا الحق متحركاً
أمام القضاء ، أو هى جزء الحق . ولا يوجد حق بدون دعوى ، كما لا توجد
دعوى بدون حق . ومحل الدعوى هو نفسه محل الحق . وتشارك الدعوى الحق
في مميزاته وخصائصه ، فتكون مثله عينية أو شخصية ، عقارية أو منقولة .

ولكن النظرية الحديثة أخذت تميز تمييزاً دقيقاً بين الحق والدعوى (٣) .
فتتميز الدعوى عن الحق في السبب ، وسبب الحق هو الواقعة القانونية أو
التصرف القانونى الذى أنشأ الحق ، أما الدعوى فسببها النزاع بين المدعى والمدعى
عليه حول وجود الحق . وتتميز عن الحق كذلك في المحل ، فقد يكون محل
الدعوى ، ليس فحسب القيام بعمل أو الامتناع عن عمل كما في الحق ، بل

(١) ويؤيد بوبا (Popa) في رسالته في المديونية والمسئولية في القانون المدنى الفرنسى الحديث
(باريس سنة ١٩٣٥) الأخذ بالتمييز بين عنصرى المديونية والمسئولية في الفقه الفرنسى والفقه
اللاتينى بوجه عام ، فيميز في الفقه الفرنسى بين العنصرين ، بحيث يصح أن يوجد أحدهما دون
الآخر . فتوجد المديونية دون المسئولية في الالتزامات الطبيعية ، ومنها ما ينحدر عن التزام مدنى
منحل كالالتزام المغلس بمد الصلح والالتزام ناقص الأهلية بمد إبطال العقد والالتزام الذى سقط
بالتقادم ، ومنها ما ينشأ التزاماً طبيعياً منذ البداية كالالتزام بالوراثة بتنفيذ الوصية الباطلة شكلاً
والالتزام بالنفقة على الأقارب في غير الأحوال التى نص عليها القانون . وقد توجد المسئولية دون
المديونية ، كما هي الحال في مركز الخائر للعقار المرهون وفي مركز الكفيل العيى .

(٢) انظر في انتقاد إدخال هذا التمييز في الفقه اللاتينى الأستاذ عبد المنعم البدرولى في أثر
مضى المدة في الالتزام فقرة ٢٤٤ - فقرة ٢٤٥ .

(٣) انظر دوريل (Morel) موجز المرافعات سنة ١٩٤٩ ص ٢٦ وما بعدها - جلاسون
وتيسيه في شرح المرافعات ١ فقرة ٨٣١ - جايو (Japiot) في المجلة الفصلية لقانون المدنى
سنة ١٩١٤ ص ٦٧٩ وسنة ١٩١٥ ص ٤١٩ .

أيضاً الاعتراف بحالة واقعة أو اتخاذ إجراء وقفي أو إجراء تحفظي . وتتميز الدعوى عن الحق أخيراً في الأثر ، فالدعوى تضيف إلى الحق عنصراً جديداً يحدد حق الدائن ، كما هي الحال في الحق الناشئ عن العمل غير المشروع حيث يحدد الحكم طبيعة التعويض ومقداره .

فالتقادم يسقط الدعوى ، دون أن يسقط الحق ، ويبقى الحق بعد التقادم دون دعوى تحميه ، ولكنه مع ذلك يبقى . ولما كان التقادم يلحق الدعوى دون الحق ، فلا بد إذن للمدين من أن يتمسك به ، وله أن ينزل عنه ، ولا يسرى التقادم من وقت نشوء الحق بل من وقت نشوء الدعوى (١) .

وهذا المذهب يقرب كثير من المذهب الذي اختاره الفقه الاسلامي ، فالتقادم في الفقه الإسلامي لا يسقط الحق ذاته ، ولكنه يقتصر على أن يمنع سماع الدعوى .

٦٧٤ - الرأي الثالث - التقادم يسقط الدعوى والمحق سماً :

والرأي الذي يتفق مع نصوص التقنين المصري هو أن التقادم لا يقتصر على إسقاط الدعوى ، بل يسقط الدعوى والحق جميعاً (٢) . فالنصوص صريحة في أن التقادم يقضي الحق نفسه ، وليس سقوط الدعوى بالتقادم إلا نتيجة لسقوط الحق . وما يقطع في أن الحق ذاته هو الذي يسقط ، بعد تمسك المدين بالتقادم ، أن المدين - في غير الديون التي يقوم فيها التقادم على محض قرينة الوفاء - لو أقر أمام القضاء بعد أن تمسك بالتقادم أن الدين باق في ذمته ، فإن إقراره هذا لا يلزمه بالدين ، إذ الدين يكون قد سقط (٣) . أما في الفقه الإسلامي حيث

(١) أوبري ورو ١٢ فترة ٧٧٥ ص ٥٦٤ - ص ٥٦٥ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فترة ١٣٢٥ ص ٧٣٤ - وفترة ١٣٩٣ - جوسران ٢ فترة ٩٩٥ ص ٥٢٤ - الأستاذ عبد المنعم البدر أوى في أثر مضي المدة في الالتزام فترة ٢٦٨ - فترة ٢٧٥ - الأستاذ عبد الحى حجازي ٣ ص ٣١٩ و ص ٣٥١ - ص ٣٥٢ .

(٢) انظر في هذا المعنى بيدان ولا جارد ٩ فترة ١٠٨٨ - استئناف مصر أول يناير سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٢ رقم ١٩٣ ص ٣٩٦ .

(٣) بيدان ولا جارد ٩ فترة ١١٠٩ - وقارن الموجز للمؤلف ص ٦٢٤ هامش رقم ١ .

لا يسقط الدين ، فان المنع من سماع الدعوى لا يكون إلا عند الإنكار ، فاذا أقر المدين بالدين سمعت عليه الدعوى وألزم بالوفاء .

بل إن من الفقهاء من ذهب إلى أن التقادم يقضى الدعوى والحق معاً كما تقتضيهما الأسباب الأخرى لانقضاء الالتزام ، فلا يتخلف عن الدين المتقادم التزام طبيعي (١). ولكن هذا الرأي لم يسد . والرأي الصحيح هو أنه يتخلف عن الالتزام المدنى الذى سقط بالتقادم التزام طبيعى . وقد نص على هذا الحكم صراحة التفتين المدنى المصرى فى الفقرة الأولى من المادة ٣٨٦ ، فقد رأيناها نقول : « يترتب على التقادم انقضاء الالتزام ، ومع ذلك يتخلف فى ذمة المدين التزام طبيعى » . والنص صريح فى أمرين : (أولاً) فى أن التقادم يقضى الالتزام ذاته ، ولا يقتصر على أن يقضى الدعوى . (وثانياً) فى أن الالتزام للذى ينقضى بالتقادم يتخلف عنه فى ذمة المدين التزام طبيعى .

ومهما يكن من أمر تأصيل التقادم ، وهى هو زوال عنصر المسؤولية مع بقاء عنصر المديونية ، أو هو يلحق الدعوى دون الحق ، أو هو يلحق الدعوى والحق معاً ، فانه يبدو لنا أن هذه الآراء لها أهميتها الفقهية ، ولكن النتيجة العملية واحدة فيها جميعاً . فان قلنا إن التقادم يسقط عنصر المسؤولية ويستبقى عنصر المديونية ، فهذا معناه أن الحق يبقى مقصوراً على عنصر المديونية وحده ، وهذا هو الالتزام الطبيعى . وإن قلنا إن التقادم يسقط الدعوى دون الحق ، فهذا معناه أن الحق يصبح بعد التقادم مجرداً من دعوى تحميه ، وهذا هو أيضاً الالتزام الطبيعى . وإن قلنا إن التقادم يسقط الدعوى والحق معاً ، فلا شك فى أنه يتخلف هنا أيضاً عن سقوط الدعوى والحق التزام طبيعى يحل محل الالتزام المدنى الذى سقط بالتقادم . ففى جميع هذه المذاهب يتخلف عن تقادم الحق التزام طبيعى ، وهو التزام قد انحدر من مرتبة الالتزام المدنى فى المذهبين الأولين ، وارتفع عن مرتبة الواجب الأدبى فى المذهب الثالث .

فنتظر الآن فى الآثار التى تترتب على هذا الالتزام الطبيعى .

(١) ترو لونج ١ فقرة ٢٩ - نودان ٣٢ فقرة ٢٠٥ - هيك ١٤ فقرة ٨٢٨
(م ٧٤ - الوسيط)

المطلب الثالث

تخلف التزام طبيعي عن الالتزام المدني الذي سقط بالتقادم

٦٧٥ - **الاستثناء:** التي تترتب على الالتزام الطبيعي المتخلف عن

الالتزام المتقادم: رأينا أن الفقرة الأولى من المادة ٣٨٦ مدني تنص صراحة على تخلف التزام طبيعي عن الالتزام المدني المتقادم . والآثار التي تترتب على الالتزام الطبيعي هي نفس الآثار التي تترتب على أي التزام طبيعي .

وقد رأينا (١) أن آثار الالتزام الطبيعي ينظر إليها من نواح خمس: (١) من ناحية إمكان الوفاء به (٢) ومن ناحية صلاحيته ليكون سبباً لإنشاء التزام مدني (٣) ومن ناحية المقاصة (٤) ومن ناحية الكفالة (٥) ومن ناحية الحق في الحبس .

٦٧٦ - **الوفاء** - يجوز الوفاء بالالتزام الطبيعي المتخلف عن التزام

مدني متقادم بنفس الشروط التي يجوز بها الوفاء بأي التزام طبيعي آخر . فيشترط إذن أن يكون الوفاء عن بيئة واختيار . والوفاء يكون عن بيئة إذا لم يشبه غلط أو تدليس ، وعن اختبار إذا لم يشبه إكراه . فإذا كان المدين ، بعد التمسك بالتقادم وإسقاط الالتزام المدني ، قد استجاب لداعي ضميره فوفى عن بيئة واختيار الالتزام الطبيعي الذي تخلف عن الالتزام المدني ، كان هذا التنفيذ وفاء لا تبرعاً . فلا يشترط في الوفاء شكل خاص ، ولا تشترط أهلية التبرع ، ولا يجوز للمدين أن يسترد ما وفاه (٢) .

وغنى عن البيان أن الالتزام الطبيعي لا يتخلف عن الالتزام المدني الذي سقط بالتقادم ، إلا إذا كان المدين لم يوف الدين الذي عليه ، واعتمد في التخلص من مطالبة الدائن على التمسك بالتقادم . فيكون ضميره الرقيب عليه

(١) انظر الوسيط الجزء الثاني فقرة ٣٩٦ وما بعدها .

(٢) انظر في هذه النتائج وفي غيرها الوسيط الجزء الثاني فقرة ٤٠٠ .

في هذه الحالة ، وإذا كان قد أغفل الوفاء بدينه للمدني ، فقد يحرص على الوفاء بالتزامه الطبيعي . أما إذا كان قد وفى الدين فعلاً للدائن ، ثم تمسك بعد ذلك بالتقادم تخففاً من عبء إثبات الوفاء ، فلا عمل للقول بتخلف التزام طبيعي ، بل يتقضى الدين بالتقادم دون أن يتخلف عنه شيء . فالأمر إذن موكول إلى ضمير المدين ، يهديه إلى ما يجب عليه أن يفعله .

وقد قلنا أن الدين قبل التمسك بالتقادم يبقى التزاماً مدنياً بالرغم من اكتمال المدة ، فإن وفاه المدين حتى عن غلط لم يجر له استرداده . أما بعد التمسك بالتقادم فإنه يتحول إلى التزام طبيعي ، وإن وفاه المدين عن غلط - بأن وفاه الوارث مثلاً وهو يجهل أن المورث قد تمسك بالتقادم - جاز له أن يسترده .

٦٧٧ - انشاء التزام مدني : ويجوز كذلك اتخاذ الالتزام الطبيعي

للتخلف عن التزام مدني متقادم سبباً صحيحاً لإنشاء التزام مدني جديد غير الالتزام المدني الذي سقط بالتقادم . فإذا كان المدين - بدلاً من أن يني بهذا الالتزام الطبيعي - يتعهد بأن يني به ، فإنه ينشئ بهذا التعهد التزاماً مدنياً في ذمته يجبر على الوفاء به . ويجب أن يكون قد قصد أن يلتزم بالوفاء التزاماً مدنياً ، فلا يكفي مجرد الاعتراف بوجود التزام طبيعي في ذمته (١) .

والالتزام المدني الجديد ، الذي أنشئ على أساس سبب صحيح هو الالتزام الطبيعي ، يتميز عن الالتزام المدني القديم الذي سقط بالتقادم . فهو التزام مدني جديد مصدره الوعد الذي صدر من المدين بوفاء الالتزام الطبيعي (٢) ، ويسرى في حقه تقادم جديد (٣) يبدأ من وقت استحقاقه .

(١) انظر الوسيط الجزء الثاني فقرة ٤٠١ .

(٢) وللمود هنا عقد يتم بإيجاب وقبول من المدين والدائن .

(٣) ومدة التقادم الجديد خمس عشرة سنة ، حتى لو كانت مدة التقادم السابق أقل من ذلك .

٦٧٨ - المقاصة: ولا تجوز المقاصة القانونية في الالتزام الطبيعي

المتخلف عن التزام مدني متقادم، فان المقاصة القانونية تنطوي على وفاء إجباري للدين ، وهذا لا يجوز في الالتزام الطبيعي (١) .

وغنى عن البيان أن المقاصة القانونية جائزة في الالتزام قبل التمسك بتقادمه ، إذ يكون الالتزام في هذه الحالة لا يزال التزاماً مدنياً لم يسقط بالتقادم . فإذا كانت مدة تقادمه قد اكتملت جازت المقاصة فيه إذا تمسك الدائن بالمقاصة قبل أن يتمسك المدين بالتقادم (٢). أما إذا كانت مدة التقادم لم تكتمل ، وقعت المقاصة ، حتى لو لم يتمسك بها الدائن إلا بعد اكتمال المدة وتمسك بها بعد تمسك المدين بالتقادم . وهذا ما تنص عليه صراحة المادة ٣٦٦ مدني ، وقد سبق بيان ذلك (٣) .

ويلاحظ أنه إذا كان الذي يتمسك بالمقاصة هو المدين في دين عليه بدأ فيه سريان التقادم ، فان تمسكه بالمقاصة يعتبر إقراراً منه بالدين . ويكون هذا الإقرار إذا صدر أثناء سريان التقادم قاطعاً له ، وإذا صدر بعد اكتمال المدة نزولاً عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه .

٦٧٩ - الكفالة: ولا تجوز كسالة الالتزام الطبيعي المتخلف عن

التزام مدني متقادم ، إذا قصد بالكفالة أن يترتب في ذمة الكفيل التزام مدني يضمن الإلتزام الطبيعي (٤) .

ولكن إذا كفل الكفيل هذا الالتزام الطبيعي وهو يعتقد أنه التزام مدني ، فان التزامه يكون التزاماً طبيعياً مثل الالتزام الأصلي ، إذ لا يصح أن يكون التزام الكفيل أشد من التزام المدين (٥) .

(١) الوسيط الجزء الثاني فقرة ٤٠٢ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٦٦٥ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٥٥١ و فقرة ٦٦٥ .

(٤) انظر الوسيط الجزء الثاني فقرة ٤٠٣ .

(٥) قاروب للمادة ٧٨٠ مدني . وانظر الوسيط الجزء الثاني فقرة ٤٠٣ .

وإذا كفل الكفيل الالتزام قبل التمسك بالتقادم ولكن بعد اكتمال مدته ، فإن كان المدين هو الذى اتفق مع الكفيل على أن يكفله ، عد ذلك منه زولاً عن حقه فى التقادم بعد ثبوته ، فيبقى التزامه مدنياً تصح كفالاته ، ويكون التزام الكفيل التزاماً مدنياً صحيحاً (١) . وإن كان الكفيل هو الذى تقدم للكفالة بدون أمر المدين ، فلا يعتبر المدين قد نزل عن حقه فى التقادم ، فله أن يتمسك به فيسقط التزامه ويسقط التزام الكفيل تبعاً لذلك ويتخلف عن كل منهما التزام طبيعى ، بل وللکفيل أن يتمسك بالتقادم ولو لم يتمسك به المدين فيسقط التزامه ويتخلف عنه التزام طبيعى (٢) .

٦٨٠ - الحبس — القاعدة العامة أنه لا يجوز للدائن فى التزام طبيعى أن يحبس فى يده عيناً للمدين حتى يستوفى حقه ، لأن الالتزام الطبيعى لا يجوز الحبس من أجله ، وإلا كان فى هذا جبر على تنفيذه ، وهذا لا يجوز (٣) . ولكن هذه القاعدة يرد عليها استثناء إذا اقترنت بالقاعدة التى تنضى بأن الدفع ابدية لا تتقادم ، وهى القاعدة التى سبق ذكرها (٤) . ونفرض ، لبيان ذلك ، أن شخصاً باع عقاراً لآخر ، واتفقا على دفع الثمن فى الحال وعلى أن يكون تسليم المبيع بعد سنة ، ولم ينفذ العقد أى من الطرفين . ففى هذه الحالة ، يسقط بالتقادم حق البائع فى استيفاء الثمن قبل سقوط حق المشتري فى تسلّم العقار المبيع . فإذا رفع المشتري دعوى يطالب البائع بتسليم العقار المبيع ، وذلك بعد سقوط حق البائع فى استيفاء الثمن ، فإن البائع يستطيع استبقاء العقار المبيع محبوساً فى الثمن عن طريق الدفع ، وإن كان حقه فى الثمن قد تقادم عنه طريق الدعوى (٥) . فيكون الحق فى الحبس فى هذه الحالة ضامناً لحق سقط بالتقادم ، إذ حبس الدائن فى التزام طبيعى عيناً للمدين فى يده ، على خلاف القاعدة التى تقدم ذكرها .

(١) انظر آنفاً فقرة ٦٦٥ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٦٦٥ .

(٣) انظر الوسيط الجزء الثانى فقرة ٦٤٢ ص ١٢٤٢ .

(٤) انظر آنفاً فقرة ٦٦٩ .

(٥) انظر فى هذا المعنى الأستاذ عبد المنعم الهمداني فى أثر مضى فقرة ٣٣٩٦ .

أما إذا كان الدين المحبوس من أجله هو عبارة عن مصروفات أنفقت على عين في يد المدين ، فإن حق المدين في اقتضاء هذه المصروفات لا يتقدم ما دام حابساً العين في يده (١) . ذلك أن الحبس هنا ، كحبس العين المرهونة رهناً حيازياً ، يعتبر قاطعاً للتقدم على وجه مستمر ، والتقدم لا يكتمل ما دام منقطعاً . ولا بد من أن يقبل المدين رد العين إلى صاحبها حتى يزول الانقطاع ، فيسري التقدم من جديد ، وينتهي له بذلك أن يكتمل .

(١) انظر آتياً فقرة ٦٣٤ - وقارن: استئناف مخطط ١٥ بتاريخ ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٥٤ .

فهرس

لمشهور الكتاب

القسم الأول

أوصاف الالتزام

صفحة	
٢	توطيد البحث

الباب الأول

الشرط والأجل

٦	الفرق بين الشرط والأجل
---	------------------------------

الفصل الأول

الشرط

٨	قيام الشرط والآثار التي تترتب عليه
٩	الفرع الأول — قيام الشرط
٩	المبحث الأول — مقومات الشرط
١٢	§ ١ — أمر مستقبل
١٢	يجب أن يكون الشرط أمراً مستقبلاً
١٢	لا يجوز أن يكون الشرط أمراً ماضياً أو حاضراً
١٤	قد يكون الأمر المستقبل أمراً إيجابياً أو أمراً سلبياً

صفحة

١٥	§ ٢ — غير محقق الوقوع
١٥	يجب أن يكون الشرط أمراً غير محقق الوقوع
١٥	لا يكون شرطاً الأمر محقق الوقوع
١٦	لا يكون شرطاً الأمر مستحيل الوقوع
١٧	الشرط الإرادى
٢١	§ ٣ — غير مخالف للنظام العام أو الآداب
٢١	الشرط المخالف للنظام العام
٢٣	الشرط المخالف للآداب
٢٣	§ ٤ — أمر عارض
٢٣	الشرط أمر عارض
٢٤	التمييز بين الحق المشروط والحق الاحتمالى
٢٦	المبحث الثانى — نوعاً الشرط : الشرط الواقف والشرط الفاسخ
٢٦	§ ١ — الشرط الواقف
٢٦	ماهو الشرط الواقف
	الشرط الواقف المستحيل والشرط الواقف المخالف للنظام
٢٧	العام أو الآداب
٢٨	الشرط الواقف الإرادى المحض — إحالة
٢٨	§ ٢ — الشرط الفاسخ
٢٨	ما هو الشرط الفاسخ
	الشرط الفاسخ المستحيل والشرط الفاسخ المخالف للنظام
٣١	العام أو الآداب
٣٣	الشرط الفاسخ الإرادى المحض — إحالة
٣٣	المبحث الثالث — مصدر الشرط وأى الحقوق يلحقها وصف الشرط
٣٣	§ ١ — مصدر الشرط
٣٣	مصدر الشرط هو الإرادة أو التصرف القانونى
٣٤	هل يكون الشرط مصدره القانون ؟
٣٦	§ ٢ — الحقوق التى يلحقها وصف الشرط
٣٦	يلحق الشرط الحقوق للشخصية والحقوق العينية هل السواء
٣٦	الحقوق التى لا يلحقها وصف الشرط
٣٦	الفرع الثانى — ما يترتب على الشرط من الآثار
٣٦	التمييز بين مرحلتين
٣٧	المبحث الأول — أثر الشرط فى مرحلة التعلق
٣٧	§ ١ — الشرط الواقف
٣٨	مراتب الحق من حيث الوجود والتنفيذ

صفحة

الحق المعلق على شرط وأقف حق موجود	٤٠
الحق المعلق على شرط وأقف وجوده غير كامل	٤١
§ ٢ — الشرط الفاسخ	٤٣
الحق المعلق على شرط فاسخ حق موجود نافذ	٤٣
ولكن الحق المعلق على شرط فاسخ موجود على خطر الزوال	٤٥
المبحث الثاني — أثر الشرط بعد انتهاء مرحلة التعليق	٤٦
§ ١ — كيف يتحقق الشرط أو يتخلف	٤٦
المعبرة بإرادة طرفي الالتزام في تحقق الشرط أو تخلفه ...	٤٦
الشرط الذي حدد لتحقيقه أو لتخلفه وقت معين	٤٧
تحقق الشرط أو تخلفه بطريق الفسخ	٥٠
§ ٢ — أثر تحقق الشرط أو تخلفه	٥٤
الشرط الواقف	٥٤
الشرط الفاسخ	٥٥
أعمال الإدارة في حالة تحقق الشرط الفاسخ	٥٧
§ ٣ — الأثر الرجعي لتحقيق الشرط	٥٩
الأساس الذي يقوم عليه مبدأ الأثر الرجعي — تقدير	
هذا المبدأ	٦١
ما يترتب من النتائج على الأثر الرجعي لتحقيق الشرط ...	٦٧
الاستثناءات من مبدأ الأثر الرجعي لتحقيق الشرط	٧١

الفصل الثاني

الأجل

قيام الأجل والآثار التي تترتب عليه	٧٤
الفرع الأول — قيام الأجل	٧٥
المبحث الأول — مقومات الأجل	٧٥
§ ١ — أمر مستقبل	٧٧
يجب أن يكون الأجل أمراً مستقبلاً	٧٧
لا يجوز أن يكون الأجل أمراً ماضياً أو حاضراً	٧٧
§ ٢ — أمر محقق الوقوع	٧٨
يجب أن يكون الأجل محقق الوقوع	٧٨
يجب أن يكون ميحاً حلول الأجل مجهولاً	٧٨

صفحة

٨١	§ ٢ — أمر عارض
٨١	الأجل عنصر عارض في الالتزام لا عنصر جوهرى
٨٢	الأجل في العقود الزمنية
٨٤	المبحث الثاني — نوعا الأجل : الأجل الواقف والأجل الفاسخ
٨٤	§ ١ — الأجل الواقف
٨٤	ما هو الأجل الواقف
	الالتزام المدين بالوفاء عند الميسرة أو عند المقدرة التزام مقتون
٨٥	بأجل واقف
٨٨	§ ٢ — الأجل الفاسخ
٨٨	ما هو الأجل الفاسخ
٨٨	هل يوجد أجل فاسخ ؟
٩٢	المبحث الثالث — مصادر الأجل وأى الحقوق يلحقها وصف الأجل
٩٢	§ ١ — مصادر الأجل
٩٢	مصادر الأجل الاتفاق والقانون والقضاء
٩٢	الاتفاق مصدر للأجل
٩٣	القانون مصدر للأجل
٩٥	القضاء مصدر للأجل
٩٦	§ ٢ — الحقوق التي يلحقها وصف الأجل
٩٦	الحقوق الشخصية والحقوق العينية عدا حق الملكية
٩٧	الحقوق التي لا يلحقها وصف الأجل
٩٧	الفرع الثاني — ما يترتب على الأجل من الآثار
٩٩	قبل حلول الأجل وعند حلول الأجل
٩٩	المبحث الأول — الآثار قبل حلول الأجل
٩٩	§ ١ — الأجل الواقف
٩٩	الحق المقترن بأجل واقف حتى موجود وهو كامل الوجود
١٠١	ولكنه حق غير نافذ
١٠٦	§ ٢ — الأجل الفاسخ
١٠٦	الحق المقترن بأجل فاسخ موجود ونافذ
١٠٧	ولكن الحق المقترن بأجل فاسخ مؤكد الزوال
١٠٧	المبحث الثاني — الآثار عند حلول الأجل
١٠٧	§ ١ — كيف يحل الأجل
١٠٨	حلول الأجل بانقضاءه
١١٠	حلول الأجل بسقوطه :
١١٢	سقوط الأجل لشهر إفلاس المدين أو إعساره

صفحة	
١١٤	سقوط الأجل لإضعاف التأمينات
١٢٠	سقوط الأجل لعدم تقديم المدين التأمين وعد به
١٢٢	سقوط الأجل لأسباب أخرى
١٢٤	حلول الأجل بالنزول عنه من له مصلحة فيه
١٢٨	§ ٢ — ما يعترب من الأثر على حلول الأجل
١٢٨	الأجل الواقف
١٣٠	الأجل الفاسخ
١٣١	مقارنة بين الشرط والأجل

الباب الثاني

تعدد عمل الالتزام

١٣٣	الالتزام متعدد المثل والالتزام التخييري والالتزام البذل
-----	---

الفصل الأول

الالتزام التخييري

١٣٨	قيام وصف التخيير وأحكامه
١٣٨	الفرع الأول — قيام وصف التخيير
١٤٠	§ ١ — متى يقوم وصف التخيير
١٤٠	(١) تحديد منطقة الالتزام التخييري :
١٤٠	تعدد عمل الالتزام
١٤٣	توافر الشروط في كل من الأدامات المتعددة
١٤٤	عمل واحد من المحال المتعددة هو الواجب الأداء ...
١٤٥	(ب) تمييز الالتزام التخييري من حالات أخرى تشبه به :
١٤٦	التمييز بين الالتزام التخييري والشرط الجزائي
	التمييز بين الالتزام التخييري والالتزام المطلق حل
١٤٧	شرط واقف
	التمييز بين الالتزام التخييري والالتزام بشيء غير
١٤٧	معين بالذات

صفحة

١٤٩ من له خيار التمين ومصدر هذا الخيار	§ ٢ —
١٤٩ من له خيار التمين	
١٥١ مصدر الخيار	
١٥٢ أحكام الالتزام التخييري	الفرع الثاني —
١٥٢ تعيين المحل الواجب الأداء	§ ١ —
١٥٦ التمين إذا كان الخيار للمدين	
١٦٠ التمين إذا كان الخيار للدائن	
١٦٣ استناد تعيين المحل إلى الماضي	
١٦٦ أحكام الهلاك	§ ٢ —
١٦٨ هلاك الشئين معاً بسبب أجنبي	
١٦٩ هلاك الشئين أو أحدهما والخيار للمدين	
١٧٣ هلاك الشئين أو أحدهما والخيار للدائن	

الفصل الثاني

الالتزام البذل

١٧٦ قيام وصف البذل وأحكامه	
١٧٧ قيام وصف البذل	الفرع الأول —
١٧٨ متى يقوم وصف البذل	§ ١ —
١٧٨ تحديد مطلقة الالتزام البذل	
١٧٩ تمييز الالتزام البذل عن حالات أخرى تشبه به :	
١٧٩ التمييز بين الالتزام البذل والالتزام التخييري	
١٨١ التمييز بين الالتزام البذل والشرط الجزائي	
١٨٢ الالتزام البذل والبريون	
١٨٢ ثبوت خيار البذل للمدين ومصدر هذا الخيار	§ ٢ —
١٨٢ ثبوت خيار البذل للمدين	
١٨٣ مصدر خيار البذل	
١٨٦ أحكام الالتزام البذل	الفرع الثاني —
١٨٦ تعيين محل الأداء	§ ١ —
١٨٦ ما الذي يطالب به الدائن	
١٨٦ ما الذي يدفعه المدين	

صفحة

١٨٨ أحكام الملاك	§ ٢ —
١٨٨ ملك الملأ الأصل	
١٨٨ ملك البديل	

الباب الثالث

تعدد طرفى الالتزام

صور التعدد : الالتزام متعدد الأطراف والالتزام التضامنى والالتزام غير القابل

١٩٠ للانقسام
-----	----------------

الفصل الأول

الالتزام متعدد الأطراف

١٩٢ وحدة المصدر وتعدد الأثر
١٩٢ § ١ — مصدر التعدد فى الالتزام متعدد الأطراف
١٩٢ لقانون مصدر التعدد
١٩٥ الإرادة مصدر التعدد
١٩٥ § ٢ — الأثر الذى يترتب على التعدد فى الالتزام متعدد الأطراف...
١٩٥ انقسام الالتزام على أطرافه
١٩٦ النتائج التى تترتب على انقسام الالتزام

الفصل الثانى

الالتزام التضامنى

١٩٩ التضامن بين الدائنين والتضامن بين المدينين
٢٠٠ القرع الأول — التضامن بين الدائنين
٢٠١ المبحث الأول — مصدر التضامن بين الدائنين
٢٠٢ التضامن بين الدائنين مصدره الاتفاق أو الإرادة بوجه عام
٢٠٥ التضامن بين الدائنين لا يفترض
٢٠٦ وحدة الملأ وتعدد الروابط

صفحة

٢٠٧	المبحث الثاني — الآثار التي تترتب على تضامن الدائنين
٢٠٨	المطلب الأول — العلاقة ما بين الدائنين المتضامنين والمدين
٢١٢	§ ١ — انقضاء الدين بالوفاء
٢١٢	لمدين أن يوفى أى دائن كل الدين
٢١٣	ما لم يمنع أحد الدائنين
٢١٧	لا يحول التضامن دون انقسام الدين بين ورثة الدائن المتضامن
٢١٨	ولأى دائن مطالبة المدين بكل الدين
٢٢٠	أوجه الدفع التي يحتج بها على الدائن المطالب
٢٢١	§ ٢ — انقضاء الدين بأسباب أخرى غير الوفاء
٢٢٢	التجديد
٢٢٣	المقاصة
٢٢٣	اتحاد الذمة
٢٢٤	الإبراء
٢٢٥	التضادم
	§ ٣ — أعمال الدائن التي من شأنها قمع سائر الدائنين أو
٢٢٦	الإضرار بهم
٢٢٦	الأعمال النافعة
٢٢٨	الأعمال الضارة
٢٢٩	المطلب الثاني — علاقة الدائنين المتضامنين بعضهم ببعض
٢٣٠	انقسام الدين في علاقة الدائنين بعضهم ببعض
٢٣٢	الأساس القانوني لرجوع كل دائن بحصته
٢٣٣	كيف تضمن حصته كل دائن متضامن
٢٣٤	المبحث الثالث — صورة خاصة من التضامن بين الدائنين (الدين المشترك)
	الدين المشترك صورة خاصة من التضامن بين الدائنين
	يعرفها الفقه الإسلامي والتقنين المدني العراقي دون التقنين
٢٣٤	المصري وسائر التقنينات المدنية العربية
٢٣٦	المطلب الأول — مصدر الدين المشترك
٢٣٧	سبق الاشتراك في المال الذي نشأ عنه الدين
٢٣٩	وحدة الصنفية
	مقارنة بين الاشتراك في الدين والتضامن بين الدائنين من
٢٣٩	حيث المصدر
٢٤٠	المطلب الثاني — الآثار التي تترتب على الاشتراك في الدين
٢٤٣	جواز الاتفاق على استبعاد الاشتراك في الدين
٢٤٥	§ ٢ — العلاقة ما بين الدائنين والمدين في الدين المشترك

صفحة

٢٤٦ الوفاء
٢٤٨ انقضاء الدين بأسباب أخرى غير الوفاء
٢٤٩ عدم قيام النيابة التبادلية بين الدائنين
٢٥٠ § ٢ — علاقة الدائنين بعضهم ببعض في الدين المشترك
٢٥٠ مشاركة الدائنين الآخرين للدائن في حصته
٢٥٨ رجوع الدائنين الآخرين على الدائن بتقصيه في أضرار المدين
٢٥٩ الفرع الثاني — التضامن بين المدينين
٢٦٠ المبحث الأول — مصدر التضامن بين المدينين
٢٦١ المطلب الأول — الاتفاق كصدر لتضامن بين المدينين
٢٦١ الاتفاق على تضامن المدينين لا يفترض
٢٦٥ إثبات الاتفاق كصدر للتضامن
٢٦٦ التضامن بين المدينين في المسائل التجارية
٢٧١ المطلب الثاني — نص القانون كصدر للتضامن بين المدينين
٢٧٢ التزامات مدنية مصدرها العقد
٢٧٤ التزامات مدنية مصدرها السمل غير المشروع
٢٧٩ التزامات مدنية مصدرها الإثراء بلاسبب
٢٨٠ التزامات مدنية مصدرها القانون
٢٨١ التزامات تجارية وبحرية
٢٨٤ المطلب الثالث — وحدة المحل وتمدد الروابط — الالتزام التضامى
٢٨٤ وحدة المحل وتمدد الروابط
٢٨٥ الالتزام التضامى (obligation in solidum)
٢٨٨ أمثلة للالتزام التضامى في القانون المصرى
٢٩٤ المبحث الثاني — الآثار التي تترتب على تضامن المدينين
٢٩٤ المطلب الأول — العلاقة بين الدائن والمدينين
٢٩٥ § ١ — انقضاء الدين بالوفاء
٢٩٨ لأى مدين متضامن أن يوفى الدائن كل الدين
٢٩٩ وللدائن أن يستوفى الدين كله من أى مدين متضامن
٣٠٠ مراعاة ما يلىحق رابطة كل مدين من وصف
٣٠١ إدخال المدينين المتضامنين الآخرين في الدعوى ودخولهم فيها
٣٠٣ مطالبة مدين بعد آخر
٣٠٤ مطالبة المدينين المتضامنين مجتمعين
٣٠٥ هل يقتضم الدين بين ورثة المدين المتضامن ؟
٣٠٧ أوجه الدفع التي يجتج بها المدين المتضامن

صفحة

٣٠٨ انقضاء الدين بأسباب أخرى غير الوفاء	§ ٢
٣١٠ التجديد	
٣١٣ المقاصة	
٣١٧ اتحاد اللمة	
٣١٩ الإبراء	
٣٢٥ التقادم	
٣٢٨ الآثار الثانوية للتضامن بين المدينين	§ ٣
٣٢٨ المبدأ العام	
٣٣١ انقطاع التقادم أو وقفه بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين	
٣٣٦ خطأ أحد المدينين المتضامنين في تنفيذ التزامه	
٣٣٨ الإحذار والمطالبة القضائية	
٣٤١ الصلح مع أحد المدينين المتضامنين	
٣٤٣ إقرار أحد المدينين المتضامنين أو إقرار الدائن	
٣٤٤ حلف المدين أو التكوّل منها	
٣٤٧ صدور حكم على أحد المدينين المتضامنين أو لصالحه	
٣٥١ علاقة المدينين المتضامنين بعضهم بعض	
 متى يكون لمدّين التضامن حق الرجوع على المدينين	
٣٥٤ التضامنين الآخرين	
 الأساس القانوني لرجوع المدين — لدعوى الشخصية	
٣٥٨ ودعوى الحلول	
٣٦١ انقسام الدين على المدينين المتضامنين وتمييز حصة كل منهم	
٣٦٤ تحمل المورسين من المدينين المتضامنين لحصص المورسين منهم	
٣٦٦ تحمل أصحاب المصلحة في الدين وحكم بكل الدين	

الفصل الثالث

الالتزام غير القابل للانقسام

٣٧٤ الفرع الأول — أسباب عدم قابلية الالتزام للانقسام
٣٧٥ عدم القابلية للانقسام يرجع إلى طبيعة المحل
٣٧٩ عدم القابلية للانقسام يرجع إلى الاتفاق

صفحة

٢٨١	الفرع الثاني - الآثار التي تترتب على عدم قابلية الالتزام للانقسام ...
٢٨٢	المبحث الأول - تمدد المدينين في الالتزام غير القابل للانقسام
٢٨٥	المطلب الأول - علاقة الدائنين بالمدينين
٢٨٥	المبادئ الأساسية
	انقضاء الالتزام غير القابل للانقسام بالوفاء - إمكان الدائن
٢٨٦	مطالبة أى مدين بالالتزام كله
٢٨٩	انقضاء الالتزام غير القابل للانقسام بغير الوفاء
	عدم قيام نيابة تبادلية بين المدينين في الالتزام غير القابل
٢٩٠	للانقسام
٢٩٤	المطلب الثاني - علاقة المدينين بعضهم ببعض
٢٩٤	انقسام الدين على المدينين
٢٩٤	تعيين حصة كل مدين
٢٩٥	إصدار أحد المدينين
٢٩٦	المبحث الثاني - تمدد الدائنين في الالتزام غير القابل للانقسام
٢٩٧	المطلب الأول - علاقة الدائنين بالمدين
٢٩٧	المبادئ الأساسية
	انقضاء الالتزام غير القابل للانقسام بالوفاء - إمكان أى
٢٩٨	دائن مطالبة المدين بالالتزام كله
٤٠٠	انقضاء الالتزام غير القابل للانقسام بغير الوفاء
	عدم قيام نيابة تبادلية بين الدائنين في الالتزام غير القابل
٤٠١	للانقسام
٤٠٤	المطلب الثاني - علاقة الدائنين بعضهم ببعض
٤٠٤	انقسام الدين على الدائنين
٤٠٥	تعيين حصة كل دائن
٤٠٥	إصدار أحد الدائنين أو إصدار المدين
٤٠٦	مقابلة ما بين التضامن وعدم القابلية للانقسام
٤٠٦	وجوه الموافقات
٤٠٦	وجوه المخالفات
	مقابلة ما بين اللين المشترك وعدم القابلية للانقسام عند تمدد
٤٠٨	الدائنين
٤٠٨	من حيث المصدر
٤٠٨	من حيث الآثار في علاقة الدائنين بالمدين
٤٠٨	من حيث الآثار في علاقة الدائنين بعضهم ببعض
	(م ٧٥ - الوسيط)

القسم الثانى

انتقال الالتزام

تمهيد

٤١٣	١ — لحة في التطور التاريخى لانتقال الالتزام
٤١٣	معنى انتقال الالتزام
٤١٤	كيف يمسور انتقال الالتزام
٤١٤	انتقال الالتزام بسبب الموت
٤١٦	انتقال الالتزام ما بين الأحياء
٤٢٠	انتقال الالتزام في الملقه الإسلامى
٤٢٢	حوالة الدين في الملقب الحق
٤٢٨	حوالة الدين في الملقاب الأخرى
٤٣٤	حوالة الحق في الملقب المالكى
٤٣٥	حوالة الحق في الملقاب الأخرى
٤٣٧	٢ — مقارنة الحوالة بالنظم القانونية التى تقرب منها
٤٣٨	الحوالة والتجديد
٤٤٠	حوالة الدين والإثابة في الرفاء
٤٤٠	حوالة الحق والرفاء مع الحلول

الباب الأول

حوالة الحق

٤٤٢	أطراف حوالة الحق
٤٤٢	الأغراض المختلفة لحوالة الحق

الفصل الأول

أركان حوالة الحق

صفحة	
١٤٧	أركان حوالة الحق هي أركان الاتفاق بوجه عام
١٤٨	الفرع الأول - محل حوالة الحق
١٥٠	§ ١ - الأصل العام : الحق الشخصي قابل للحوالة
١٥٠	كل حق شخصي قابل في الأصل للحوالة
١٥٢	الحقوق المستقبلة
١٥٤	حوالة الحقوق الناشئة من عقود ملزمة للجانبين
١٥٦	حوالة الحقوق المتنازع فيها
١٥٧	الحقوق البهنية لا تكون محلا لحوالة الحق
	§ ٢ - الاستثناءات - الحالات التي يكون فيها الحق الشخصي غير
١٥٨	قابل للحوالة
١٥٨	من يكون الحق الشخصي غير قابل للحوالة
١٥٨	عدم قابلية الحوالة بسبب طبيعة الحق
	عدم قابلية الحق للحوالة بنص في القانون أو لعدم قابليته
١٥٩	للمعيز
١٦١	عدم قابلية الحق للحوالة باتفاق المتعاقدين
١٦٢	الفرع الثاني - التراضي في حوالة الحق
١٦٦	§ ١ - انعقاد الحوالة
	تراضي المبل والمحال له كالت في انعقاد الحوالة - لاجابة
١٦٦	إلى رضاء المدين
١٦٧	الحوالة اتفاق رضائي لا يشترط فيه شكل خاص إلا في المحبة
١٦٩	وجوب مراعاة قواعد الإثبات
١٧٠	تكييف الاتفاق الذي تم به الحوالة
١٧١	§ ٢ - نفاذ الحوالة في حق المدين وفي حق الغير
١٧١	معنى صيرورة الحوالة نافذة في حق المدين وفي حق الغير
	إعلان المدين بالحوالة أو قبوله لها ضروري لنفاذ الحوالة
١٧٢	في حقه وفي حق الغير
١٧٥	إعلان المدين بالحوالة
١٧٨	قبول المدين للحوالة

صفحة

- ٤٨٠ هل يقوم علم المدين بصور الحوالة مقام الإعلان أو القبول ؟
 إجراءات خاصة لجعل حوالة بعض الحقوق نافذة في حق
 المدين والتغير ٤٨٦

الفصل الثاني

الآثار التي تترتب على حوالة الحق

- ٤٨٨ ملاحظات متنوعة
 ٤٨٩ القصر الأول — علاقة المحال له بالمحيل
 ٤٩٢ المبحث الأول — انتقال الحق المحال به من المحيل إلى المحال له
 ٤٩٣ المطلب الأول — انتقال الحق بصفاته ودفعه
 ٤٩٣ انتقال نفس الحق بمجرد انقضاء الحوالة
 ٤٩٤ تسليم سند الحق ووسائل إثباته
 ٤٩٦ المطلب الثاني — انتقال تواريع الحق المحال به
 ٤٩٦ انتقال ضمانات الحق
 ٤٩٧ انتقال ما حل من فوائد والقسط
 انتقال للدعوى التي تؤكد الحق المحال به دون للدعوى التي
 تنافيها ٤٩٨
 ٤٩٩ المبحث الثاني — التزام المحيل بضمان الحق المحال به للمحال له
 ٤٩٩ المطلب الأول — ما يضمنه المحيل للمحال له
 ٥٠٠ ضمان المحيل لأفداله الشخصية
 ٥٠٢ الضمان في الحوالة بموجب القانون
 ٥٠٦ الضمان في الحوالة بموجب الاتفاق
 ٥١٢ الضمان في الحوالة بتغير عرض بموجب القانون
 ٥١٤ الضمان في الحوالة بتغير عرض بموجب الاتفاق
 ٥١٥ المطلب الثاني — ما يرجع به المحال له على المحيل عند تحقق الضمان
 ٥١٥ المبدأ للعام
 ٥١٨ حالة إصرار المدين إصراراً جزئياً
 ٥١٩ حالة وتبرع حوالة ثالثة بموجب يظل أو يزهد
 ٥٢٠ حالة الحوالة بتغير عرض — إحالة
 ٥٢٠ القصر الثاني — علاقة المحال له بالمحال عليه
 ٥٢٢ للمبحث الأول — علاقة المحال له بالمحال عليه قبل إعلان الحوالة أو قبلها ...

صفحة	
٥٢٢	دائنية الحال له الحال عليه دائنية محبودة
٥٢٣	الإجراءات التحفظية التي يتخذها الحال له
٥٢٥	امتناع الحال عليه من الإضرار بحقوق الحال له
٥٢٦	المبحث الثاني — علاقة الحال له بالحال عليه بمد إعلان الحوالة أو قبولها ...
٥٢٦	نفاذ الحوالة في حق الحال عليه
٥٢٧	حلول الحال له محل المحيل في نفس الحق الحال به
٥٢٩	للمفوض إلى الحال عليه أن يتسك بها قبل الحال له ...
٥٣٥	الفرع الثالث — علاقة المحيل بالحال عليه
٥٣٥	التمييز بين مرحلتين
٥٣٥	المرحلة التي تسبق إعلان الحوالة أو قبولها
٥٣٦	المرحلة التي تلي إعلان الحوالة أو قبولها
٥٣٧	الفرع الرابع — علاقة الحال له بالغير
	المبحث الأول — التزام بين الحال له وبين دائن المحيل المفلس أو المسر
٥٤٠	أو محال له آخر
٥٤٠	الالتزام بين الحال له وبين دائن المحيل المفلس أو المسر ...
٥٤٢	الالتزام بين محال له ومحال له آخر
٥٤٥	المبحث الثاني — التزام بين الحال له والدائنين الحاجزين
٥٤٥	الالتزام بين الحال له والدائنين الحاجز
٥٤٦	الالتزام بين الدائن الحاجز والحال له
	الالتزام بين الدائن الحاجز الأول والحال له والدائنين
٥٤٧	الحاجز الثاني (حوالة بين جزئين)

الباب الثاني

حوالة الدين

٥٥٢	أطراف حوالة الدين
٥٥٣	الأغراض المخططة التي تنسبها حوالة الدين
	حوالة الدين نظام استحفظه القانون المدف الجهد — لتنظيم
٥٥٥	الأخرى التي كانت تقوم مقامه :
	التجديد بتغير الدين — الإجابة في الوفاء — الاشتراط
٥٥٥	لمصلحة الغير

صحة

الفصل الأول

أركان حوالة الدين

- ٥٦٠ أركان حوالة الدين هي أركان الاتفاق بوجه عام
- ٥٦١ القصر الأول — اتفاق المدين الأصلي والمحال عليه
- ٥٦١ المبحث الأول — انعقاد حوالة الدين
- ٥٦٣ انعقاد الحوالة بالاتفاق بين المدين الأصلي والمحال عليه ...
- ٥٦٥ لابد من تدخل الدائن على كل حال
- ٥٦٦ مركز المدين الأصلي من كل من الدائن والمحال عليه
- ٥٦٧ المبحث الثاني — نفاذ الحوالة في حق الدائن
- ٥٧٠ متى يصدر إقرار الدائن
- ٥٧١ حالة بيع القطار المرحون
- ٥٧٤ كيف يكون إقرار الدائن
- ٥٧٥ الدائن حر في إقرار الحوالة أو رفضها
- ٥٧٧ الأثر المترتب على إقرار الدائن للحوالة أو على رفضها ...
- ٥٧٨ القصر الثاني — اتفاق الدائن والمحال عليه
- ٥٨٠ كيف يتم الاتفاق بين الدائن والمحال عليه
- ٥٨١ أثر الاتفاق بالنسبة إلى الدائن الأصلي

الفصل الثاني

الآثار التي تترتب على حوالة الدين

- ٥٨٣ علاقات متعومة
- ٥٨٤ القصر الأول — علاقة الدائن بالمحال عليه
- ٥٨٤ المبحث الأول — حلول المحال عليه على المدين الأصلي في الدين
- ٥٨٤ ما يترتب على هذا الحلول :
- ٥٨٥ برائة دية المدين الأصلي قبل الدائن
- ٥٨٧ انتقال الدين نفسه إلى المحال عليه
- ٥٨٩ المبحث الثاني — انتقال الدين إلى المحال عليه بضمائنه
- ٥٩١ الضمانات المالية التي تأتي من جهة المدين الأصلي

صفحة

.....	الدائن	٥٩٤
.....	المبحث الثالث — انتقال الدين إلى المدين عليه بدفعه	٥٩٦
.....	الدفع الذي كان للمدين الأصل أن يتصلك بها	٥٩٧
.....	الدفع المستند من عقد الحوالة	٦٠١
.....	الدفع المستند من وثيقة ما بين المدين الأصل والمحال عليه	٦٠٢
.....	الفرع الثاني — علاقة الدائن بالمدين الأصلي	٦٠٥
.....	برادة فية المدين الأصل نحو الدائن	٦٠٧
.....	ضمان المدين الأصل لضرار المحال عليه	٦٠٧
.....	الفرع الثالث — علاقة المدين الأصلي بالمحال عليه	٦١١
.....	المبحث الأول — الحوالة لم تنفذ في حق الدائن	٦١١
.....	الاتفاق على الحوالة يلزم المحال عليه نحو المدين الأصلي ...	٦١٣
.....	الفرق بين الاتفاق على الحوالة والاشتراط لمصلحة الغير ...	٦١٦
.....	الاتفاق على الحوالة كل لا يقبل التجزئة — عدم الوفاء	٦١٨
.....	بالإلزام يستتبع عدم الوفاء بالإلزام المقابل	٦١٨
.....	الاتفاق على الحوالة قابل للتعديل فيه وللعلل عنه بانطلاق آخر	٦١٩
.....	المبحث الثاني — الحوالة نافذة في حق الدائن	٦٢٠
.....	يعتبر المحال عليه قد أدى للمدين الأصلي التزاماً بتيمة الحوالة	٦٢٠
.....	الحوالة المفيدة	٦٢٢
.....	حالة إبطال الحوالة	٦٢٥

القسم الثالث

انقضاء الالتزام

تمهيد

تحديد أسباب انقضاء الالتزام وتقسيم هذه الأسباب

.....	مسير الالتزام حتى إلى الانقضاء	٦٢٩
.....	تحديد أسباب انقضاء الالتزام	٦٣٠
.....	طريقان لتقسيم أسباب الانقضاء :	٦٣١

صفحة

٦٣١	التقسيم العلى : التصرف القانونى والواقعة القانونية ...
٦٣٢	التقسيم العلى : انقضاء الالتزام بتنفيذه عيناً أو بتنفيذه بمقابل أو دون تنفيذ

الباب الاول

انقضاء الالتزام بتنفيذه عيناً

الوفاء

٦٣٥	مقدمة — التكيف القانونى للوفاء وما يترتب على هذا التكيف
٦٣٥	التكيف القانونى للوفاء
٦٣٦	ما يترتب على هذا التكيف :
٦٣٧	§ ١ — للوفاء اتفاق
٦٣٧	ما يترتب على أن الوفاء اتفاق
٦٣٨	إثبات الوفاء
٦٤٢	§ ٢ — الوفاء اتفاق على قضاء الدين
٦٤٢	الوفاء اتفاق له مقررات خاصة
٦٤٣	الوفاء اتفاق مفروض على كل من المدين والدائن
٦٤٣	الوفاء اتفاق محله هو نفس محل الدين الواجب الوفاء ...

الفصل الاول

طرق الوفاء

٦٤٥	المقرر الأول — الموفى
٦٤٥	يشترط لصحة الوفاء من الموفى الملكية وأهلية التصرف :
٦٤٧	• ملكية الموفى للشيء الذى وفى به
٦٥٠	أهلية الموفى للتصرف فى الشيء الموفى به
٦٥٢	الموفى قد يكون المدين وقد يكون غير المدين
٦٥٢	المبحث الأول — من يتوهم بالوفاء
٦٥٤	الموفى هو المدين أو نائبه
٦٥٥	الموفى هو شخص له مصلحة فى الوفاء
٦٥٦	الموفى هو أجنبى لا مصلحة له فى الوفاء

صفحة	
٦٥٧	المبحث الثاني — رجوع الموفى على المدين.....
٦٥٨	الدعوى الشخصية
٦٦١	دعوى الحلول :
٦٦٢	المطلب الأول — مصدر الحلول
٦٦٢	§ ١ — الحلول القانونية
٦٦٤	الموفى ملزم بالمدين مع المدين أو ملزم عنه
٦٦٧	الموفى دائن وفى دائناً مقدماً عليه
	الموفى اشترى عقاراً ودفع ثمنه لدائنين خصص العقار لضمان
٦٧١	حقوقهم
٦٧٣	وجود نص خاص يقرر للموفى حق الحلول
٦٧٦	§ ٢ — الحلول الاتفاقية
٦٧٦	(أ) الحلول باتفاق الموفى مع الدائن
٦٧٧	اتفاق بين الموفى والدائن
٦٧٨	عدم تأخر الاتفاق عن وقت الوفاء
٦٨٠	إثبات الاتفاق على الحلول
٦٨١	(ب) الحلول باتفاق الموفى مع المدين
٦٨٢	الحلول باتفاق مع المدين تبرره أغراض عملية
٦٨٣	شروط الحلول بالاتفاق مع المدين
٦٨٦	ملا يشترط في الحلول بالاتفاق مع المدين
٦٨٧	المطلب الثاني — أحكام الرجوع بدعوى الحلول
٦٨٧	§ ١ — الآثار التي تترتب على الحلول
٦٨٧	حلول الموفى محل الدائن وما يرد على هذا الحلول من القيود
٦٨٨	(أ) حلول الموفى محل الدائن
٦٨٩	يكون للموفى حق الدائن بحاله من خصائص
٦٩٠	يكون للموفى حق الدائن بما يلحقه من توابع
٦٩٠	يكون للموفى حق الدائن بما يكفله من تأمينات
٦٩١	يكون للموفى حق الدائن بما يرد عليه من دفع
٦٩٢	(ب) ما يرد على حلول الموفى محل الدائن من قيود
	رجوع الموفى على المدين بمقدار ما أداه له لا بمقدار
٦٩٣	الدائن
٦٩٤	الموفى مدين متضامن
	الموفى حائز لعقار المرهون ويرجع على حائز العقار
٦٩٤	مرهون آخر
٦٩٦	الموفى حائز لعقار المرهون ولا يرجع على الكفيل ...
٦٩٦	الموفى لم يوف إلا جزءاً من الدين

ملحة

- ٧٠٠ § ٢ — التكيف القانوني للحلول
- ٧٠٠ صعوبة هذا التكيف وسبب ذلك
- (١) النظريات الثلاث المختلفة في التكيف القانوني للوفاء
- ٧٠١ مع الحلول
- ٧٠١ بقاء التأمينات وسدّها دون الحق
- ٧٠١ بقاء الحق نفسه وانتقاله إلى الموق
- الوفاء مع الحلول وفاء الحق بالنسبة إلى الدائن وانتقال
- ٧٠٣ الحق بالنسبة إلى المدين
- ٧٠٤ (ب) الفرق ما بين الوفاء مع الحلول وسوالة الحق
- ٧٠٤ اختلاف الأضرار السلبية
- ٧٠٦ الفرق من حيث شروط الانتفاء والتفاد
- ٧٠٧ الفرق من حيث الآثار - الدعوى الشخصية
- ٧٠٨ الفرق من حيث الآثار - دعوى الحلول
- ٧١٠ الفرع الثاني - الموق له
- ٧١٠ المبحث الأول - الوفاء باتفاق بين الموق والموق له
- ٧١١ المطلب الأول - الموق له هو الدائن أو نائبه
- ٧١٢ § ١ - الوفاء للدائن
- ٧١٢ الوفاء لمن يكون دائناً وقت استيفاء الدين
- ٧١٢ أهلية الدائن لاستيفاء الدين
- ٧١٤ § ٢ - الوفاء لنائب الدائن
- ٧١٤ الوفاء لولي أو الوصي أو القيم أو الوكيل عن النائب ...
- ٧١٥ الوفاء لتستديك والحارس التفاسي
- ٧١٥ الوفاء لدائن الدائن عند استعمال الدعوى غير المباشرة
- ٧١٥ الوفاء للمحضر
- ٧١٥ الوفاء لحساب جار باسم الدائن في مصرف
- ٧١٦ الوفاء لوكيل الدائن
- ٧١٧ المطلب الثاني - الموق له غير الدائن
- ٧١٩ إقرار الدائن للوفاء
- ٧١٩ منقعة تعود على الدائن من الوفاء
- ٧٢٠ الوفاء لدائن الظاهر
- ٧٢٤ الوفاء لدائن الدائن الحاجز تحت يد المدين
- ٧٢٧ المبحث الثاني - الوفاء بإرادة الموق وحده (المرض الحقيقي والإيداع)
- ٧٢٧ متى يجوز للمدين المرض الحقيقي والإيداع :

صفحة

٧٢٩	رفض الدائن قبول الوفاء
٧٣٠	تأخر الوفاء الدائن
٧٣٣	المطلب الأول — إجراءات المرض الحقيقي والإيداع
	وجوب التنسيق بين فصوص التفتين المدنى وقصوى تفتين
٧٣٣	المرافعات
٧٣٣	مراحل ثلاث :
٧٣٣	(١) مراحل إعدار الدائن :
٧٣٤	ما يتوجب على إعدار الدائن من النتائج
٧٣٧	(ب) مرحلة المرض الحقيقي
٧٣٩	(ج) مرحلة الإيداع
٧٤٢	المطلب الثانى — ما يتوجب على المرض والإيداع من الآثار
	§ ١ — أثر المرض والإيداع بعد قبول الدائن أو بعد صدور حكم
٧٤٣	بصفة المرض
٧٤٣	قبول الدائن للمرض
٧٤٤	الحكم بصفة المرض والإيداع
	ما يتوجب من الآثار على قبول الدائن أو صدور حكم نهائى
٧٤٥	بصفة المرض والإيداع
	§ ٢ — أثر المرض والإيداع قبل قبول الدائن وقبل صدور حكم
٧٤٧	بصفة المرض
٧٤٩	مضى يجوز للمدين الرجوع فى المرض
٧٥٠	الأثر الذى يتوجب على رجوع المدين فى المرض

الفصل الثانى

محل الوفاء

٧٥١	الفرع الأول — على أى شيء يقع الوفاء وما يتبع هذا الشيء من ملحقات
٧٥١	المبحث الأول — محل أى شيء يقع الوفاء
٧٥٢	المطلب الأول — الوفاء بنفس المستحق
٧٥٣	الشيء المستحق شئ معين بالذات
٧٥٤	الشيء المستحق غير معين إلا بنوعه
٧٥٥	الشيء المستحق تقدر
٧٥٥	الشيء المستحق محل أو امتناع من محل — إحالة

صفحة

المطلب الثاني — الوفاء بكل الشيء المستحق — عدم جواز تجزئة الوفاء	٧٥٩
القاعدة — عدم جواز تجزئة الوفاء	٧٦٠
الاستثناءات — جواز تجزئة الوفاء	٧٦١
المطلب الثالث — تعيين جهة الدفع عند تعدد المدينين	٧٦٣
تعيين الدين المدفوع بواسطة المدين	٧٦٦
تعيين الدين المدفوع بواسطة القانون	٧٦٨
تعيين الدين المدفوع بواسطة الدائن	٧٧١
المبحث الثاني — ما يتبع الشيء الموقوف به من ملحقات	٧٧٣
القوائد والمصرفات	٧٧٤
نفقات الوفاء	٧٧٥
الفرع الثاني — الزمان والمكان اللذان يتم فيهما الوفاء	٧٧٦
المبحث الأول — الزمان الذي يتم فيه الوفاء	٧٧٦
الأصل في الالتزام أن يؤدي فوراً	٧٧٨
مما يتراخى الوفاء بالالتزام — اتفاق أو نص في القانون	٧٧٩
تحديد القاضي وقت الوفاء — نظر الميسرة :	٧٨٠
شروط منح القاضي لنظرة الميسرة	٧٨١
الآثار التي تترتب على نظرة الميسرة	٧٨٥
سقوط الأجل في نظرة الميسرة	٧٨٦
المبحث الثاني — المكان الذي يتم فيه الوفاء	٧٨٨
اتفاق الطرفين على مكان الوفاء	٧٨٩
مكان الوفاء في العين المينة بالذات هو مكان وجودها وقت نشوء الالتزام	٧٩١
مكان الوفاء في غير العين المينة بالذات هو موطن المدين أو مركز أعماله	٧٩٢
نصوص خاصة بتعيين مكان الوفاء في بعض العقود المسماة	٧٩٤

الباب الثاني

انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء

أسباب انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء	٧٩٥
--	-----

صفحة

الفصل الأول

الوفاء بمقابل

٩٦٧	الفرع الأول — أركان الوفاء بمقابل وتكييفه القانوني
٧٩٦	المبحث الأول — الأركان التي يقوم عليها الوفاء بمقابل
	اتفاق على الاستماسة عن محل الوفاء الأصل بنقل ملكية
٧٩٨	شيء آخر
٨٠١	تنفيذ الاتفاق بنقل الملكية فعلا إلى الدائن
٨٠١	المبحث الثاني — التكييف القانوني للوفاء بمقابل
٨٠٢	الوفاء بمقابل بيع تليه مقاسة
٨٠٣	الوفاء بمقابل ضرب من الوفاء تغير فيه المثل الأصل
	الوفاء بمقابل عمل مركب من تجديد ووفاء عن طريق
٨٠٥	نقل الملكية
٨٠٦	الفرع الثاني — الآثار التي ترتب على الوفاء بمقابل
٨٠٨	الوفاء بمقابل باعتباره ناقلا للملكية
٨١٠	الوفاء بمقابل باعتباره وفاء

الفصل الثاني

التجديد والإثابة في الوفاء

٨١٣	الفرع الأول — التجديد
٨١٥	المبحث الأول — شروط التجديد
٨١٥	المطلب الأول — تماثل التزامين قديم حل محل جديد
٨١٧	وجود التزام قديم
٨١٩	إنشاء التزام جديد
٨٢٠	المطلب الثاني — اختلاف ما بين الالتزامين في أحد العناصر
٨٢٢	لا بد من مخالفة الالتزام الجديد للالتزام القديم في عنصر هام
٨٢٤	التجديد بتغيير الدين في محله أو مصدره
٨٢٥	التجديد بتغيير الدائن
٨٢٧	التجديد بتغيير المدين

صفحة

المطلب الثالث — نية التجديد	٨٣٠
التجديد عقد	٨٣٢
الأهلية في التجديد	٨٣٣
وضوح نية التجديد	٨٣٤
تقييد الالتزام في حساب جاز	٨٣٨
المبحث الثاني — الآثار التي تترتب على التجديد	٨٤١
المطلب الأول — انقضاء الالتزام الأصل ونشوء التزام جديد	٨٤١
الالتزام الجديد غير الالتزام الأصل	٨٤٣
مقابلة بين التجديد من جهة المحاولة والحلول والوفاء بمقابل من جهة أخرى	٨٤٤
المطلب الثاني — انتقال التأمينات من الالتزام الأصل إلى الالتزام الجديد	٨٤٥
§ ١ — التأمينات العينية التي قدمها المدين	٨٤٨
انتقال التأمينات إلى الالتزام الجديد فيه خروج على القواعد العامة — معرواته	٨٤٨
حماية الغير	٨٤٩
ما المقصود بالتأمينات العينية التي قدمها المدين	٨٥٠
كيف يتم انتقال التأمينات من الالتزام الأصل إلى الالتزام الجديد	٨٥١
§ ٢ — التأمينات الشخصية والعينية التي قدمها الغير	٨٥٣
وجوب رضا الغير بنقل هذه التأمينات	٨٥٣
جواز نقل هذه التأمينات بعد إجراء التجديد	٨٥٤
الفرع الثاني — الإنابة في الوفاء	٨٥٥
علاقة الإنابة في الوفاء بالتجديد	٨٥٥
المبحث الأول — كيف تم الإنابة في الوفاء	٨٥٦
الإنابة تقترن بأشخاصاً ثلاثة	٨٥٧
ما يمكن أن يقوم من مديونية ما بين هؤلاء الأشخاص الثلاثة قد تتضمن الإنابة تجديداً وقد لا تتضمن — الإنابة الكاملة والإنابة المقصورة	٨٥٩
الإنابة المقصورة والاشتراط لمصلحة الغير	٨٦٠
المبحث الثاني — الآثار التي تترتب على الإنابة في الوفاء	٨٦١
المطلب الأول — الإنابة الكاملة أو التجديد بتغير المدين	٨٦١
العلاقة ما بين المنهوب والمناب له	٨٦٣
العلاقة ما بين المنهوب والمناب	٨٦٤

صفحة

٨٦٥ العلاقة ما بين المتاب لديه والمتاب
٨٦٧ المطلب الثاني — الإجابة القاصرة
٨٦٨ العلاقة ما بين المنهيب والمتاب لديه
٨٦٨ العلاقة ما بين المنهيب والمتاب
٨٦٩ العلاقة ما بين المتاب لديه والمتاب

الفصل الثالث

المقاصة

٨٧٣ المقاصة أداة وفاء وأداة ضمان
٨٧٥ المقاصة والدفع بعدم التنفيذ والحق في الحبس
٨٧٦ منشأ المقاصة في القانون الروماني وفي القانون الفرنسي القديم
٨٧٨ المقاصة في التفتينات اللاتينية وفي التفتينات الجرمانية.....
٨٨٤ المقاصة القانونية والمقاصة القضائية والمقاصة الاختيارية
٨٨٤ الفرع الأول — المقاصة القانونية
٨٨٥ المبحث الأول — شروط المقاصة.....
٨٨٥ المطلب الأول — ما يدخل في الشروط وما لا يدخل
٨٨٥ § ١ — ما يدخل في الشروط :
٨٨٨ الشرط الأول — التقابل ما بين الدينين
٨٩٠ الشرط الثاني — التماثل في المثل ما بين الدينين.....
٨٩٢ الشرط الثالث — صلاحية كل من الدينين للمطالبة به قضاء
٨٩٤ الشرط الرابع — غلو الدينين من النزاع
٩٠٠ الشرط السادس — قابلية كل من الدينين للحجز
 § ٢ — ما لا يدخل في الشروط :
٩٠١ وحدة المصدر بين الدينين ليست بشرط
٩٠١ وحدة مكان الوفاء بين الدينين ليست بشرط
٩٠٣ المطلب الثاني — الدينون التي لا تقع فيها المقاصة
٩٠٥ أحد الدينين شيء تزع دون حق من يد مالكه
٩٠٧ أحد الدينين شيء مودع أو معار عارية استئجار
٩٠٩ المبحث الثاني — كيف يكون إعمال المقاصة وما هي الآثار التي تترتب عليها
٩٠٩ المطلب الأول — كيف يكون إعمال المقاصة
٩١٠ وجوب الفصل بالمقاصة
٩١٣ جواز النزول من المقاصة بعد ثبوت الحق فيها
٩١٦ حالة من حالات النزول ضمنى من المقاصة بعد ثبوتها ...

صفحة

المطلب الثاني — الآثار التي تترتب على المقاصة	٩١٨
§ ١ — أثر المقاصة فيما بين الطرفين	٩١٨
المقاصة تقضى للدينين بقدر الأقل منهما	٩٢١
انقضاء الدينين منذ الوقت الذي يصبحان فيه صاحبين للمقاصة	٩٢٣
تميين جهة الدفع في المقاصة	٩٢٥
§ ٢ — أثر المقاصة بالنسبة إلى الغير	٩٢٧
توقيع الحجز التحفظي على أحد الدينين المتقابلين	٩٢٩
حوالة أحد الدينين المتقابلين وقبول المدين الحوالة تكون تحفظ	٩٣٠
الفرع الثاني — المقاصة الاختيارية والمقاصة القضائية	٩٣٢
المبحث الأول — المقاصة الاختيارية	٩٣٣
الأحوال التي تجرى فيها المقاصة الاختيارية	٩٣٣
الآثار التي تترتب على المقاصة الاختيارية	٩٣٦
المبحث الثاني — المقاصة القضائية	٩٣٧
الأحوال التي تجرى فيها المقاصة القضائية	٩٣٧
كيف تجرى المقاصة القضائية وما يترتب عليها من الآثار	٩٤٠

الفصل الرابع

اتحاد اللزمة

مقارنة بين اتحاد اللزمة والمقاصة	٩٤٤
الأهمية المحدودة لاتحاد اللزمة	٩٤٥
الفرع الأول — كيف يتحقق اتحاد اللزمة	٩٤٦
عن طريق الميراث	٩٤٦
عن طريق الوصية	٩٤٨
عن طريق التصرف القانوني ما بين الأحياء	٩٤٩
كل الديون قابلة للاتقضاء باتحاد اللزمة	٩٥٠
الفرع الثاني — الآثار التي تترتب على اتحاد اللزمة	٩٥١
المبحث الأول — الآثار التي تترتب على اتحاد اللزمة ما بين السبب الذي أدى إليه قائماً	٩٥٢
كيف ينقضي الدين باتحاد اللزمة	٩٥٢
نواح يترتب فيها الدين المنقضي باتحاد اللزمة معتمداً به	٩٥٤

٩٥٤ حساب الدين في نصاب الوصية
٩٥٤ الاحتداد بالدين عند اتحاد ذمة الكفيل والمدين الأصل ...
٩٥٥ الاحتداد بالدين عند اتحاد ذمة الكفيل والمدين الأصل ...
٩٥٦ الاحتداد بالدين عند اتحاد ذمة أحد المدينين المتضامتين والمدائن
	المبحث الثاني — ما يترتب من أثر حل زوال السبب الذي أدى إلى اتحاد الذمة
٩٥٨ بأثر رجعي
٩٥٨ عودة الدين إلى الظهور
٩٥٩ زوال السبب الذي أدى إلى اتحاد الذمة بأثر غير رجعي ...

الباب الثالث

انقضاء الالتزام دون الوفاء به

٩٦١ أسباب انقضاء الالتزام دون الوفاء به
-----	---

الفصل الأول

الإبراء

٩٦٢ كيف يتم الإبراء وما يترتب عليه من الآثار
٩٦٢ الفرع الأول — كيف يتم الإبراء
٩٦٥ المبحث الأول — مميزات الإبراء
٩٦٥ الإبراء يتم بإرادة واحدة من جانب الطرفين
٩٦٨ الإبراء تصرف تعبري
٩٦٩ المبحث الثاني — الشروط الواجب توافرها في الإبراء
٩٦٩ ليست هناك شروط من ناحية الشكل
٩٧٢ الشروط الموضوعية الواجب توافرها في الإبراء
٩٧٥ الفرع الثاني — الآثار التي تترتب على الإبراء
٩٧٥ الإبراء يقتضي الدين
٩٧٧ وتقتضي مع الدين تأميناته
٩٨٠ إبراء الدين لأحد المدينين المتضامتين — [حالة

الفصل الثاني

استحالة التنفيذ

مقدمة

- الفرع الأول - متى تحقق استحالة التنفيذ ٩٨١
- الشرط الأول - تنفيذ الالتزام يصبح مستحيلا ٩٨٣
- الشرط الثاني - استحالة التنفيذ ترجع إلى سبب أجنبي ٩٨٥
- الفرع الثاني - الآثار التي تترتب على استحالة التنفيذ ٩٨٨
- انقضاء الالتزام وتوابعه ٩٨٨
- تحمل اللبنة في المقدم وفي الملك ٩٩٠

الفصل الثالث

التقادم المسقط

- تمهيد : ٩٩٤
- التقادم المسقط والتقادم المكسب - وجوب الفصل بينهما ٩٩٤
- الأساس الذي يرتكز عليه التقادم المسقط ٩٩٦
- لحظة تاريخية ٩٩٩
- التمييز بين التقادم المسقط والسقوط ١٠٠٠
- الفرع الأول - المديد الواجب انقضاؤها حتى يتحقق التقادم ١٠٠٦
- المبحث الأول - مدد التقادم المختلفة ١٠٠٦
- القاعدة العامة والاستثناءات ١٠٠٦
- القاعدة العامة - مدة التقادم خمس عشرة سنة ١٠٠٨
- الحالات التي ورد فيها نص خاص - إحالة ١٠١١
- الاستثناءات التي أوردها القانون - ١ - الحقوق ١٠١١
- الدورية المتجددة : ١٠١٨
- الضابط هو الدورية والتجدد ١٠٢٠
- الأساس الذي يقوم عليه تقادم الحقوق الدورية المتجددة ١٠٢٤

صفحة

الديون التي لم تسوف شرطى الدورية والتجدد لتتقدم	
بمضى عشرة سنة	١٠٢٦
الربيع المستحق في ذمة الخائز سيمى والنية والربيع الواجب على	
فاطر الوقف أداؤه للمستحقين	١٠٢٨
٢ — حقوق الأطباء والصيادلة والمحامين والمهندسين والتجار	
ووكلاء التخليص والسياسة والأساتذة والمطبخين :	١٠٣١
الديون المستحقة لطائفة من أصحاب المهن الحرة تتقدم	
بمضى سنوات	١٠٣٣
سريان التتبعين المدفوعين الجديدين	١٠٣٨
٣ — حقوق التجار والصناع وأصحاب الفنادق والمطاعم والعمال	
والخدم والأجراء :	١٠٣٩
التقدم في هذه الحقوق يقوم على قرينة الوفاء	١٠٤٢
تفصيل الحقوق التي تتقدم بسنة واحدة	١٠٤٤
سريان التتبعين المدفوعين الجديدين	١٠٤٦
٤ — الضرائب والرسوم المستحقة للدولة	١٠٤٨
لا يجوز الاتفاق على أن يتم التقدم في مدة تختلف عن المدة	
التي عينها القانون	١٠٥٢
المبحث الثاني — كيفية حساب مدة التقدم	١٠٥٤
حساب مدة التقدم	١٠٥٦
مبدأ سريان التقدم	١٠٥٩
مبدأ سريان التقدم بالنسبة إلى دين معلق على شرط بالنسبة	
إلى ضمان الاستحقاق	١٠٦١
مبدأ سريان التقدم بالنسبة إلى دين مؤجل	١٠٦٣
مبدأ سريان التقدم إذا كان مهاد الاستحقاق متوقفاً على	
إرادة المدين	١٠٦٥
مبدأ سريان التقدم بالنسبة إلى الديون الاحتمالية	١٠٦٧
المبحث الثالث — وقف التقدم	١٠٦٨
التمييز بين وقف سريان التقدم وتأخر سريان التقدم ...	١٠٦٨
أسباب وقف التقدم في التتبعين المدفوعين للفرنسي	١٠٧١
أسباب وقف التقدم في التتبعين المدفوعين للمصري :	١٠٧٥
أسباب وقف التقدم التي تتعلق بالشخص	١٠٧٧
أسباب وقف التقدم التي ترجع إلى ظروف مادية اضطرارية	
الأثر الذي يترتب على وقف التقدم	١٠٨٦

صفحة

١٠٨٧ المبحث الرابع — انقطاع التقادم
١٠٨٧ أسباب انقطاع التقادم وما يقرب عليه من الأثر
١٠٨٨ المطلب الأول — أسباب انقطاع التقادم
١٠٩٠ § ١ — الأسباب الصادرة من الدائن :
١٠٩٠ المطالبة القضائية
١١٠٠ التنبيه
١١٠١ الحجز
	الطلب الذى يتقدم به الدائن لقبول حقه فى تملك أو فى توزيع
	وإلى عمل يقوم به الدائن لتمسك بحقه أثناء السير فى إحدى
١١٠٣ الدعاوى
١١٠٧ § ٢ — الأسباب الصادرة من المدين — إقراره بحق الدائن
١١٠٧ تكييف الإقرار الصادر من المدين بحق الدائن
١١٠٩ الإقرار الصريح والإقرار الضمنى
١١١٢ إثبات الإقرار
١١١٣ المطلب الثانى — الأثر الذى يترتب على انقطاع التقادم
١١١٥ يبدأ سريان التقادم الجديد الذى يحل محل التقادم المنقطع
١١١٨ متى يختلف التقادم الجديد عن التقادم القديم
١١٢٢ متى يمتد أثر الانقطاع إلى غير الدائن الذى قطع التقادم
١١٢٣ متى يتناول أثر الانقطاع غير الحق الذى قطع فيه التقادم

الفروع الثانى — كيف يجب لإعمال التقادم وما هى الآثار التى

١١٢٥ تترتب عليه
١١٢٥ المبحث الأول — كيف يجب إعمال التقادم
١١٢٥ وجوب التمسك بالتقادم وجواز التزول عنه بعد اكتماله
١١٢٦ المطلب الأول — وجوب التمسك بالتقادم (الدفع بالتقادم)
١١٢٧ § ١ — لا تقتضى المحكمة بالتقادم من تلقاء نفسها بل لابد من التمسك به
١١٢٩ الأسباب التى تدعو إلى وجوب التمسك بالتقادم
١١٣٠ هل هناك استثناءات للقاعدة العامة ؟
١١٣٢ التمسك بالتقادم للدعوى المدنية إذا ارتبطت بالدعوى الجنائية
١١٣٣ لا يفتى التمسك بنوع من التقادم عن التمسك بنوع آخر
١١٣٤ § ٢ — يحسب بالتقادم المدين وكل ذى مصلحة
١١٣٤ تمسك المدين بالتقادم

صفحة

- ١١٣٥ التمسك بالتقادم من كل ذي مصلحة
- ١١٣٦ التمسك بالتقادم من دائي المدين
- ١١٣٨ — ٣ § يجوز التمسك بالتقادم في أية حالة كانت عليها الدعوى ...
- ١١٣٨ التمسك بالتقادم أمام المحكمة الابتدائية
- ١١٣٩ التمسك بالتقادم أمام محكمة الاستئناف
- ١١٣٩ التمسك بالتقادم أمام محكمة النقض
- ١١٣٩ التمسك بالتقادم أمام محكمة الإحالة
- ١١٤٠ المطلب الثاني — النزول عن التقادم
- ١١٤٢ — ١ § عدم جواز النزول عن التقادم مقبلا قبل ثبوت الحق فيه
- ١١٤٢ الأسباب التي تدمر إلى عدم جواز النزول مقبلا عن التقادم
- عدم جواز النزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه ويسرى على
- ١١٤٣ جميع أنواع التقادم
- عدم جواز الاتفاق على إطالة مدة التقادم أو على تقصيرها —
- ١١٤٣ إحالة
- ١١٤٤ كيف تطول مدة التقادم بطرق أخرى
- ١١٤٥ — ٢ § عدم جواز النزول عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه
- ١١٤٥ النزول الصريح والنزول الضمني
- ١١٤٦ الأهمية الواجبة للنزول عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه ...
- ١١٤٧ أثر النزول عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه
- ١١٥١ جواز النزول عن المدة التي انقضت في تقادم لم يكتمل ...
- ١١٥٢ المبحث الثاني — الآثار التي تترتب على التقادم
- ١١٥٤ التزام اكتسبت مدة تقادمه قبل التمسك بالتقادم
- ١١٥٦ التزام اكتسبت مدة تقادمه بعد التمسك بالتقادم
- ١١٥٦ المطلب الأول — سقوط الدين وتوابعه عند التمسك بالتقادم
- ١١٥٦ سقوط الدين وتوابعه
- ١١٥٨ سقوط الدين بأثر رجعي
- سقوط الدين بالتقادم عن طريق الدعوى لا يمنع من التمسك
- ١١٥٩ بوجوده عن طريق الدفع
- ١١٦٢ تقادم الدين قد يملكه غير المدين
- انتقال الدين المتقادم إلى خزانة الدولة في حالات ينص
- ١١٦٣ عليها القانون

١١٦٥	المطلب الثاني — تاصيل سقوط الدين بالتقادم
		لرأى الأول — التمييز بين المديونية والمسئولية (المذهب
١١٦٥	الجرماني)
١١٦٧	لرأى الثاني — التقادم يسقط الدعوى دون الحق
١١٦٨	لرأى الثالث — التقادم يسقط الدعوى والحق معاً
١١٧٠		المطلب الثالث — تخلف التزام طبيعي عن الالتزام المدفوع الذي يسقط بالتقادم
		الآثار التي تترتب على الالتزام الطبيعي المتخلف عن
١١٧٠	الالتزام المتقادم
١١٧٠	الوفاء
١١٧١	إنشاء التزام مدني
١١٧٢	المقاصة
١١٧٢	الكفالة
١١٧٣	الحبس

طبع و طباعة
دار النشر للجامعات المصرية
مطبعة دار الكتب والوثائق القومية (مكتبة جامعة القاهرة)
دار الكتب والوثائق القومية . القاهرة

